التَّوضِيحُ

شَرحُ مُختَصَرِ ابنِ الحَاجِبِ

تصنيف

الشيخ الإمام العلامة

خليل بن إسحاق الجندي المالكي

رحمه الله تعالى

(ت / ٧٧٦ هـ)

حققه وضبطه ووثق نصوصه
وخرج أحاديثه وعلق عليه

أبو الفضل الدمياطي

أحمد بن علي

المجلد الرابع

دار ابن حزم

مركز التراث الثقافي المغربي
الدار البيضاء

الطبعة الأولى
١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢م



ISBN 978-614-416-294-1

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز التراث الثقافي المغربي

الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس
هاتف: 022-442931/ فاكس: 022-442935
المملكة المغربية

دار ابن حزم

بيروت - لبنان - ص.ب : 14/6366
هاتف وفاكس : 701974 - 300227 (009611)
البريد الإلكتروني : ibnhazim@cyberia.net.lb
الموقع الإلكتروني : www.daribnhazm.com

التوضيح

شرح مختصر ابن الحاجب

(٤)

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب العدد

العِدد: عِدَّةُ الطَّلاق، وَعِدَّةُ الْوَفَاة، وَالاسْتبرَاء.

العدد: جمع عدة، وسميت بذلك لاشتمالها على العدد، وهي تربص المرأة زمانًا معلومًا قدره الشرع علامة على براءة رحمها مع ضرب من التعبد، وجعل المصنف أنواعها ثلاثة، وفي جعل الاستبراء من أنواع العدة تجوز في اصطلاح الفقهاء.

وهِيَ بالأَقْراء، وَالأَشْهُرِ، والْحَمْلِ.

الأقراء في الطلاق لذوات الحيض، قال الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، والأشهر للمتوفى عنها وللمطلقة إذا لم تكن من ذوات الحيض لصغر أو كبر، قال الله تعالى: **﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾** [البقرة: ٢٣٤]، وقال تعالى: **﴿وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ﴾** إلى **﴿وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ﴾** [الطلاق: ٤] أي فعدتهن كذلك، ووضع الحمل عدة للحامل كانت متوفى عنها أو مطلقة، قال الله تعالى: **﴿وَأُوْلاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾** [الطلاق: ٤].

ولا عِدَّةَ عَلَى مُطَلَّقَة قَبْلَ الدُّخُول.

لقوله تعالى: **﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾** [الأحزاب: ٤٩]، ولا مفهوم لصفة الإيمان هنا لأنه خرج مخرج الغالب، ولا فرق بين مؤمنة وكافرة.

فَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ وَجَبَتْ بإقْرَارِهَا لا بإقْرَارِه.

يعني: فإن لم يعلم دخول فإن أقرت هي به وجبت عليها العدة؛ لأنه إقرار منها على نفسها فلزمها كسائر الإقرارات بخلاف ما لو أقر هو فقط فإنه دعوى عليها بغير دليل فلا يقبل كسائر الدعاوى، وهذا الكلام في نفس العدة، وأما لواحقها من النفقة والسكنى فسيأتي الكلام عليها.

فَإِنْ ظَهَرَ حَمْلٌ ولَمْ يَنْفِهِ كَانَ كَالدُّخُولِ فِي العِدَّةِ والرَّجْعةِ ولَوْ ظَهَرَ بَعْدَ مَوْتِهِ لَحِقَ بِه.

لأن الولد للفراش فهو لاحق به ولا ينتفي عنه إلا بلعان، وعلى هذا فيجب عليها إذا طلقها العدة وتكون له الرجعة، وهذا معنى قوله: (**وكَانَ كَالدُّخُولِ فِي الْعِدَّةِ والرَّجْعَةِ**) وفي بعض النسخ: (ولا رجعة له) وهي غير صحيحة؛ لأنها إذا وجبت عليها العدة كان له الرجعة، وقوله: (**ولَوْ ظَهَرَ بَعْدَ مَوْتِهِ**) ظاهرٌ لأنه إنما كان ينتفي عنه في الحياة باللعان وهو لا يتأتى هنا.

وأَمَّا بَعْدَهُ فَتَجِبُ، وإِنْ تَصَادَقَا علَى نَفْيِ الْوَطْءِ حَيْثُ أَمْكَنَ شَغْلُهَا مِنْهُ بأَيِّ خَلْوَةٍ كَانَتْ.

أي: وأما بعد الدخول وهو إرخاء الستور (**فَتَجِبُ**) العدة سواء (**تَصَادَقَا**) معًا (**على نَفْيِ الْوَطْءِ**) أم لا لحقِّ الله في العدة بشرط إمكان الوطء، وأما لو خلا بها لحظة تقصر عن زمان الوطء فلا، وقوله: (**بأَيِّ خَلْوَةٍ كَانَتْ**) أي: سواء كانت خلوة اهتداء أو خلوة زيارة.

فرع:

قال في «المدونة» [١]: ولو كان معها نساء حين قَبَّلَ وانصرف لمحضرهن فلا عدة عليها.

الباجي[٢]: وكذلك امرأة واحدة، أي: لأن الخلوة قد فقدت.

وتَسْقُطُ النَّفَقَة والسُّكنَى، وَلا يَجِبُ إلا نِصفُ الصَّدَاقِ، ولا رَجعَةَ لَهُ.

هذا مفرع على ما إذا تصادقا على نفي الوطء وسقط حقها من النفقة والسكنى ومن تكميل الصداق لإقرارها بعدم الإصابة، وسقط حقه من الرجعة لإقراره أنه لم يصب، وكذلك أيضا لا تكون له الرجعة إذا ادعى أحدهما الوطء وأنكره الآخر ؛ لأنه يتهم على الرجعة في غير محلها.

ابن عبد السلام: وينبغي إذا اختلفا في المسيس أن يجري حكم النفقة والسكنى على الصداق بحيث يكمل يثبتان، وحيث لا يكمل يسقطان.

---

(١) تهذيب المدونة (١/ ٤٠٧) .

(٢) المنتقى (٥/ ٣٧١) .

وَلاَ شَيْءَ لَهَا فِي الْفَاسِدِ، وَقِيلَ: تَعَارَضَ إِنْ كَانَ تَلَذَّذَ بشَيْء.

يـعني: أن ما قدمه من وجـوب نصف الصداق إذا طلق قبل البناء إنما هو في النكاح الصحـيح، وأما الفاسـد فلا شيء عليـه فيه ؛ لأن الله تعـالى إنما أوجب النصف إذا طلق الزوج فقال: ﴿ **وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ** ﴾ [البقرة: ٢٣٧] لأنه قد أضـاف الطلاق إليهم، والإضافة إليهم تستدعي وقوعـه باختيارهم. وظاهر ما لابن القاسم في إرخاء السـتور ما قدمه المصنف، والمنسوب فيـه لغيره هو القول الثـاني، وعكس هذا القول فـي كتب العـدة فجل القـول بأنهـا تعارض لابن القـاسم ولا تعارض لغيره.

وَلا تَجبُ بوَطْءِ الصَّغِيرِ الَّذِي لا يُولَدُ لمثْله وإِنْ قَوِيَ عَلَى الْجِمَاعِ، وَلا بِالْمَجْبُوبِ ذَكَرُهُ وأُنْثَيَاهُ...

يعني: أن العدة في الطلاق إنما تجب إذا كان الزوج يمكن أن يولد لمثله، فلذلك لا تجب بوطء الصغيـر الذي لا يولد لمثله، يريد إذا خالع عنه أبوه أو وصيه مثـلاً فطلاقه نافذ، ولا بوطء المجبوب لكن تجب على زوجاتهما العدة في الوفاة، ولا أعلم في هذه الجملة خلافاً.

بخِلاَفِ الْخَصِيِّ الْقَائِمِ الذَّكَرِ، وفِيهَا فِـيهِ وفِي عكْسِهِ يُسْأَلُ النِّسَاءُ، فَإِنْ كَانَ يُولَدُ لمثْله فَالْعِدَّةُ، وإِلا فَلا عِدَّةَ ولا يَلْحَقُ...

(**بخِلاَفِ الْخَصِيِّ الْقَائِمِ الذَّكَرِ**) المقطوع الانثيين، ومقتضى قوله (**بِخِلاف**) أنها تجب العدة بوطئه وهذا قول حكاه اللخمي وغيره.

ابن عـبـد السـلام: وهو ظاهر المذهب، وقال ابـن حبيب: لا عـدة على امرأته. وهو ظاهر؛ لأن الولد لا يلحق به عند ابن القاسم.

ابن حـبيب: وكذلك ذاهب الخصـية اليسرى، وقـال ابن دينار: الولد لاحق بالخصي كيفما كان، قيل: وعكسه تجب العدة كيفما كان.

وأشـار عيـاض إلى أنه لا فرق في القليح الـذكر بين أن يكون سـالماً أو بعضـه؛ لأنه يصيب بما بقي من ذكـره، وكذلك صرح به أشـهب، وقوله: (**فِـيهِ وفِي عكْسِـهِ**) المـراد بالعكس: أن يكون ما في الانثيين مقطوع الذكر.

عياض: وسبب الخلاف بين «المدونة» وابن حبيب ذهاب الأنثيين أو أحدهما، فمذهب «الكتاب»: الإحالة على سؤال أهل المعرفة هل يولد له أم لا ؟ ومذهب ابن حبيب: الإحالة على علم الطب والتشريح لأنهم يقولون: إن البيضة اليسرى جعلت لطبخ المني فإذا فقدت لم يمكن أن يتأتى له ولد، فلا تعتد زوجته ولا يلحق به ولد بخلاف ما إذا كان مقطوع الذكر أو البيضة اليمنى، ونص ابن حبيب على أنه إن بقي معه أنثياه أو اليسرى منهما وبقي من العسيب بعضه أن الولد لاحق به. وينبغي على قوله أن يلحق به الولد وإن لم يبق من عسيبه شيء.

وقوله: (**إِنْ كَانَ يُولَدُ لِمِثْلِه فَالْعِدَّةُ**) أي: فالعدة واجبة، يريد ويلحق به الولد (**وإِلا فَلا**) أي وإن لم يولد لمثله (**فَلا عِدَّةَ ولا يَلْحَقُ**) به الولد.

وَلا عَلَى صَغِيرَةٍ لا تُطِيقُ الرَّجُلَ.

لا خلاف في ذلك لأن وطئها جرح وفساد، وفهم منه أنها إن طاقت الرجل عليها العدة وإن لم يمكن حملها وهو مذهب « «المدونة»»، واختار ابن لبابة أنها لا عدة عليها ولا على الكبيرة المسنة التي لا يخشى منها الحمل.

ويَجِبُ عَلَى الْحُرَّةِ عِدَّةُ الْمُطَلَّقَةِ مِنْ كُلِّ نِكَاحٍ فَاسِدٍ بَعْدَ الدُّخُولِ مِنْ حِينَ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ثَلاثُ حِيَضٍ ومِنْ كُلِّ وَطْءٍ مِنْ زِنًى أَوِ اشْتِبَاه.

عدة المطلقة ثلاثة أقراء في ذات الأقراء وثلاثة أشهر في اليائسة والصغيرة.

وقوله: (**مِنْ كُلِّ نِكَاحٍ**) أي: سواء كان مجمعاً على فساده أم لا ؟ وهذا هو المشهور ومذهب « «المدونة»».

اللخمي: وقيل: يكفي في المتفق على فساده كنكاح المحرم والرضاع حيضة لأن الزيادة على الواحدة تعبد.

وقوله: (**بَعْدَ الدُّخُولِ**) ظاهر؛ لأنه إذا لم يجب على المطلقة قبل البناء شيء في النكاح الصحيح فأحرى الفاسد، وقيل: من حين فرق بينهما؛ لأنه قد يتوهم أن النكاح المجمع على فساده لما كانت الفرقة فيه لا تحتاج إلى حكم حاكم كانت في كل وقت كالأجنبية، فتكون العدة من آخر وطء.

وقوله: (**ثَلاثُ حِيَضٍ**) هو عطف بيان على قوله: (**عِدَّةُ الْمُطَلَّقَةِ**) أو بدل، ومراده

بقوله: (ثَلاثُ حِيَضٍ) أي: ثلاثة أطهار ؛ لأن الأقراء عندنا الأطهار كما سيأتي، ووجبت العدة في النكاح الفاسد كالصحيح لأن الولد لا يلحق به فيه.

وقوله: (ومِنْ كُلِّ وَطْءٍ مِنْ زِنًى أَوِ اشْتِبَاهٍ) هذا معطوف على قوله: (مِنْ كُلِّ نِكَاحٍ فَاسِدٍ) لكن لا يسمى هذا في عرف الفقهاء عدة وإنما يسمى استبراء.

وَلا يَطَأُ الزَّوْجُ وَلا يَعْقِدُ وإِنْ لَحِقَ الْوَلَدُ بِخِلافِ الْمُطَلِّقِ فِي الصَّحِيحِ.

يعني: أن من زنت زوجته أو اشتبهت فلا يطأها زوجها في مدة الاستبراء ولو كان الولد به لاحقا، وكذلك لا يعقد على الأجنبية التي زنت أو وطئت باشتباه ؛ لأن كل محل امتنع فيه الاستمتاع امتنع فيه العقد إلا الحيض والنفاس.

ابن عبد السلام: ويحتمل أن يريد أن النكاح الفاسد إذا فسخ لا يكون للزوج فيه أن يعقد ولا يطأ وإن لحق الولد، وهذا المعنى الثاني وإن كان قرب إلى لفظه لكن يبقى قوله: (ولاَ يَطَأُ) ليس فيه كبير فائدة واقتصر، وعلى الثاني بخلاف المطلق في النكاح الصحيح فإن له أن يعقد ويطأ لأن ماءه صحيح لكن يشترط أن لا تكون مريضة بحيث يحجر عليها.

ومِنْ غَيْبَةِ الْغَاصِبِ والسَّابِي عَلَيْهَا والْمُشْتَرِي ولاَ يُرْجَعُ إِلَى قَوْلِهَا.

يعني: ويجب الاستبراء أيضاً بثلاثة أطهار إذا غصبت وغاب عليها الغاصب.

ابن عبد السلام: وقد اختلف لفظه في «المدونة» في الأمة المغصوبة يغيب الغاصب عليها ثم تعود إلى ربها فظاهر كلامه في أول الاستبراء الوجوب، ونص بعد ذلك على أن استبراءها مستحب، وينبغي أن يجري ذلك في الحرة، وكذلك يجب الاستراء بالثلاثة إذا غاب عليها السابي من الكفار أو المشتري، وسواء بيعت هذه الحرة جهلاً أو فسقاً.

وقوله: (ولا يرْجَعُ إِلَى قَوْلِهَا) أي لا تصدق المرأة إن قالت: لم يصبني، وفي بعض النسخ: (قولهما): أي: الرجل والمرأة لحق الله تعالى.

وَفِي إِيجَابِ ذَلِكَ فِي إِمْضَاءِ الْوَلِيِّ أَوْ فَسْخِهِ قَوْلانِ

يعني: إذا زَوَّجَ أجنبيٌّ امرأةً مع وجود وليها غير المجبر، وقلنا بأشهر قولي ابن القاسم: أن للولي الخيار في إجازته وفسخه ما لم يطل بعد البناء، فأمضاه بعد البناء بالقرب فهل هو تقرير، وكأن النكاح وقع بولي فلا يحتاج إلى استبراء، وكذلك لا يحتاج

إليه في الفسخ إذا أراد الزوج أن يتزوجها بعد الفسخ ؟

أو يقال: إمضاؤه كابتداء نكاح فيحتاج إلى استبراء لأن الماء الأول فاسد وكذلك يحتاج إليه في الفسخ ؟

وحاصله: إن قيل: إن الماء صحيح لم يحتج إليه وإلا احتاجت. والقول بالاستبراء هو ظاهر «المدونة» على ما وقع في بعض الروايات، ففيها: ويكره للرجل أن يتزوج امرأة بغير أمر ولي، أعني ولي نسب.

ابن القاسم: فإن فعل كره له وطؤها حتى يعلم وليها فيجيز أو يفسخ، فإن فسخه الإمام أو وليها عند الإمام ثم أرادته زوَّجها إياه مكانها وإن كره الولي إذا دعته إلى سداد وإن لم يساوِ حسبها ولا غناها، وكان مرضياً في دينه وعقله وهذا إذا لم يكن دخل بها.

ابن يونس(١): يريد فإن دخل بها لم ينكحها حتى تستبرئ بثلاث حيض، لكن صرح في بعض الروايات بأن قوله: (وهذا إذا لم يدخل بها) من كلام سحنون، والأولى رواية أبي عمران؛ لأنه قال: إن كان هذا الشرط لسحنون فهو على مذهبه في العبد يتزوج بغير إذن سيده فيجيز السيد أنه يستبرئ، قال: وقاله ابن الماجشون.

وإن كان من كلام ابن القاسم فهو خلاف ما ذكره ابن حبيب أن مالكاً قال: إن كل نكاح ليس لأحد إجازته فلا يتزوجها في استبراء منه، وإن كان للولي أو السلطان إجازته فله أن يتزوجها في عدة منه، وهو في «الموازية» في المملوكة توطأ قبل العلم عليها الاستبراء.

واستشكل جماعة الاستبراء هنا لعدم فائدته فإن الولد لاحق به.

وأجيب: بأن الفائدة تظهر في القذف فلو نسب الولد إلى شبهة في نسبه لم يُحَد من نسبه إلى ذلك إذا نشأ من الماء الواقع قبل الفسخ أو الاختيار، ويحد إذا نشأ الولد بعد ذلك.

فرع: وأما إذا كان النكاح صحيحاً والوطء فاسداً كمن وطئ زوجته حائضاً فإنه لا يلزم من ذلك استبراء، قالوا: وكذلك لو كان النكاح فاسداً لصداقه.

---

(١) «الجامع» (٤ / ٤٧٢).

والأَمَةُ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ والفَاسِدِ كَذلك، وفي الزِّنَى والاشْتِبَاهِ كذلك.

هكذا وقع في بعض النسخ، وفي بعضها: وفي الزنا والاشتباه حيضة، يعني أن الأمة الزوجة حكمها حكم الزوجة الحرة في هذه الأحكام إلا في القدر الذي تعتد به فإنها تعتد بحيضتين وتستبرئ في الزنا والاشتباه، يريد: ومن غيبة الغاصب والسابي والمشتري بحيضة واحدة.

ولولا أن المصنف اعتمد على ما اشتهر من عدة الأمة حيضتان لكان قوله: كذلك: يوهم أن عدة الأمة ثلاث حيض، وعلى هذا فيكون التشبيه بذلك راجعاً إلى أصل الوجوب لا إلى قدره.

ووقع: في بعض النسخ: والأمة في النكاح الصحيح والفاسد حيضتان، وفي الزنا والاشتباه حيضة، وهي أظهر.

وتُجْبَرُ الكِتَابِيَّةُ عَلَى العِدَّةِ مِنَ المُسْلِمِ فِي طَلاقِهِ ومَوْتِهِ كَالْمُسْلِمَةِ.

قوله: (كَالْمُسْلِمَةِ) أي: فتعتد ذات الأقراء بثلاثة قروء، واليائسة والصغيرة بثلاثة أشهر، وفي الوفاة بأربعة أشهر وعشر، هذا هو المشهور، وحكى ابن الجلاب[١] رواية ثانية بأن الذمية تعتد في الوفاة من المسلم بثلاثة قروء، وخرج على الروايتين ما إذا توفي عنها قبل البناء فعلى المشهور، وتعتد في الوفاة أي المسلم بأربعة أشهر وعشر، وعلى الرواية الثانية لا عدة عليها وإنما أجبرت الكتابية على العدة لحق الزوج، واعلم أنه اختلف في الأقراء الثلاثة في عدة الحرة المسلمة فقال الأبهري: الجميع استبراء ولا تعبد فيها.

وقال أبو بكر القاضي: القرء الأول لاستبراء الرحم والقرءان الأخيران عبادة. واختار ابن يونس[٢] الأول، ولا يعترض عليه بأنه يكفي في الأمة القرء الواحد لأنا نقول: ذلك كالحدود إنما هي موضوعة على حرمة المحدود من العبيد والأحرار والمحصنين والأبكار.

وقال عبد الحق [٣]: قول أبي بكر هو الصواب.

وخرَّج بعضهم على قول أبي بكر قولاً بأن الذمية تكتفي بقرء واحد في الوفاة والطلاق

---

(١) «التفريع» (٢/ ١١٧).

(٢) «الجامع» (٤ / ٤٧١).

(٣) « النكت والفروق» (١/ ٢٥٥).

بناء على أن الكفار غير مخاطبين بالأحكام، ولهذا روى أبو زيد عن ابن القاسم في النصرانية يموت عنها زوجها الذمي فيتزوجها المسلم بعد حيضة أنه لا يفسخ نكاحها.

وَيَتَزَوَّجُهَا الْمُسْلِمُ بَعْدَ مَوْتِ الذِّمِّيِّ بَعْدَ ثَلاثَةِ قُرُوءٍ كَطَلَاقِه.

يعني: وقد دخل بها الذمي لمقابلته ذلك بقوله:

فَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ تَزَوَّجَهَا مَكَانَهَا فِيهِمَا.

أي: في موت الذمي وطلاقه، ولمالك في العتبية أنه يكتفي بحيضة واحدة من طلاق الذمي.

أَقْسَامُهَا مُعْتَادَةٌ، ومُرْتَابَةٌ بِتَأْخِيرِ الْحَيْضِ، وَصَغِيرَةٌ، ويَائِسَةٌ، وحَامِلٌ، ومُرْتَابَةٌ بِالْحَمْلِ.

الضمير في (**أَقْسَامُهَا**) عائد على العدة، فـ (**مُعْتَادَةٌ**) فيه حذف مضاف، أي: عدة معتادة، ويحتمل عوده على المعتدات، ويترجح الأول بأن لو أراد الثاني لقال: أقسامهن، في الأفصح، وحصرها فيما ذكره استقراء، ثم أخذ المصنف يتكلم على كل قسم فقال:

فَالْمُعْتَادَةُ: ثَلاثَةُ قُرُوءٍ لِلْحُرَّةِ، وقُرْءان للأَمَةِ.

ما ذكره في الحرة هو نص الآية الكريمة، ولا فرق بين أن يكون زوجها حراً أو عبداً على المعروف، وقيل: إن العدة تتشطر بكون أحد الزوجين رقيقاً، وما ذكره في الأمة متفق عليه عندنا، ويعضده ما رواه أبو داود وغيره أنه عليه الصلاة والسلام قال: « **طلاق الأمة طلقتان، وعدتها حيضتان**»[1] لكنه ضعيف عند أهل الحديث، قيل: والصحيح أنه من كلام أبي عمران.

وَالأَقْرَاءُ الأَطْهَارُ، وجَاءَ لَفْظُ الْحَيْضِ مَوْضِعَهُ كَثِيراً عَلَى التَّسَامُحِ.

قال بقولنا الشافعي، وهو قول عائشة، وزيد بن ثابت، وابن عمر، والقاسم بن محمد، وسالم بن عبد الله، وأبي بكر بن عبد الرحمن، وسليمان بن يسار، وابن شهاب، وأبان بن عثمان وأبي ثور.

وقال أبو حنيفة: الأقراء هي الحيض، وهو مروي عن أبي بكر وعمر وعلى وابن مسعود وأبي موسى وغيرهم، وضعف أحمد أسانيد ما روي عن عمر وعلى وابن مسعود.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٨٩) ، والترمذي (١١٨٢) ، وابن ماجه (٢٠٨٠) ، والدارمي (٢٢٩٤) ، والحاكم (٢٨٢٢) ، والدارقطني (٤/ ٣٩) ، والبيهقي في «الكبرى» (١٤٩٤٦) من حديث عائشة رضي الله عنها ، وضعفه الألباني ـ رحمه الله ـ .

وبالجملة فكل من القولين مروي عن جماعة من الصحابة والتابعين، ولولا قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] مع حديث ابن عمر في طلاق الحائض لكان مذهب أبي حنيفة أظهر ؛ لأن المقصود من العدة إنما هو العلم أو الظن ببراءة الرحم، والدال على ذلك إنما هو الحيض، وأما الطهر فيوجد مع الحمل.

قوله: (**وجَاءَ لَفْظُ الْحَيْضِ**) أي: أنهم قد يطلقون لفظ الحيض موضع الطهر كثيراً على التسامح.

ابن عبد السلام: وما ذكره المصنف هو مذهب المحققين، وذهب بعض الشيوخ إلى حمل هذه الإطلاقات على ظاهرها فنقل عن المذهب قولاً كمذهب أبي حنيفة وهو بعيد لأن هذه المسامحة جرت على لسان من علم أنه لا ينصر إلا قول مالك.

وطُهْرُ الطَّلَاقِ تَعْتَدُّ بِهِ ولَوْ لحظَةً.

لا خلاف في هذا عندنا وليس كمذهب أبي حنيفة في التي تطلق في الحيض فإنها لا تعتد بذلك الحيض عنده وإن قال: القرء هو الحيض.

فَتَحِلُّ بِأَوَّلِ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ عَلَى الْمَشْهُورِ، ويَنْبَغِي أَلا تَعْجَلَ إِذْ قَدْ يَنْقَطِعُ عَاجِلاً فَلا تَعْتَدُّ بِهِ...

أتى بالفاء لأن هذا مرتب على ما قبله وأيضاً فلما قدم أن الطهر الأول تعتد به ولو لحظة خشي أن يتوهم منه أن الجزء الأول من الطهر الأخير يقوم مقام جميع الطهر فتحل ببعضه فبين ذلك وأنها لا تحل إلا بجميعه.

ومقابل المشهور رواه ابن وهب عن مالك: أنها لا تبين إذا رأت الدم حتى يعلم أنها حيضة تامة.

وخرج ابن رشد[١] على قول ابن الماجشون أن أقل الحيض خمسة أيام أنها لا تحل لغير المطلق حتى تمكثها، وكذلك على القول أن أقله ثلاثة وعلى أنه يوم، وفيه نظر، ألا ترى أن مالكاً وابن القاسم يريان الدفعة ونحوها ليست بحيض في هذا الباب مع أنها تبين برؤيتها أول الدم الثالث فلا يبعد أن يسلك ابن الماجشون وغيره هذا المسلك.

ابن رشد[٢]: بناء على تخريجه وعلى قول ابن الماجشون وابن مسلمة: لو انقطع الدم

---

(١) «المقدمات» (١/ ٤٩٩).

(٢) «المقدمات» (١/ ٤٩٩).

فإن عاد بالقرب لفق منه العدة المذكورة، وإن لم يعد إلا بعد البعد كانت تلك الدفعة ونحوها ملغاة لا يعتد بها، وحكم ذلك حكم دم العلة والفساد، وتقضي ما تركت فيه من الصلاة.

عياض: وقول شيخنا: تقضي ما تركت فيه من الصلاة ؛ فيه نظر لا يوافق عليه.

وقوله: **(وَيَنْبَغِي أَلا تَعْجَلَ)** يعني وإذا قلنا: تحل للأزواج برؤيتها أول الدم الثالث فينبغي ألا تعجل بالتزويج لاحتمال أن ينقطع الدم عنها قبل استبرائها حيضة.

واعلم أن قوله: (وَيَنْبَغِي) هو من كلام أشهب في «المدونة»، والكلام الأول لابن القاسم، كذلك قال الجمهور، واختصر ابن أبي زمنين «المدونة» على أن مجموع الكلام لأشهب، وعلى الأول فاختلف هل كلام أشهب وفاق وهي طريقة المصنف وأكثر الشيوخ، أو اختلاف وإليها ذهب غير واحد وهو مذهب سحنون لقوله: هو خير من رواية ابن القاسم، وهو مثل رواية ابن وهب: أنها لا تحل للأزواج ولا تبين من زوجها حتى يتبين أنها حيضة مستقلة ؛ وهو مذهب ابن المواز وابن حبيب.

وعلى هذا فيكون قول أشهب: (وأحب) محمولاً على الوجوب، ويبين ذلك تعليل أشهب بقوله: أنه قد ينقطع عاجلاً، فإنه علة تقتضي الوجوب.

واختلف القائلون بحمل قوله على الخلاف لو انقطع الدم ما الحكم ؟ فقال أبو عمران وابن رشد[١] وغيرهما: لا يضرها ذلك وقد حلت للأزواج برؤيته أولاً.

ورأوا أن مذهب ابن القاسم في مقدار الحيض واحد في باب العبادة والعدة، ومنهم من قال: بل يضرها، وإنما لم يطلب منها ابن القاسم ما طلبه أشهب لأن الأصل عدم انقطاع الدم، وهو أيضاً الغالب فلا يلزمها وجوب ولا استحباب رعيا لمخالفة الأصل والغالب، وإلى هذا ذهب جمهورهم أنه إن لم يتمادَ بها الدم لا تحسب به حيضة.

فرعان مرتبان على قول الجمهور:

الأول: لو ماتت الزوجة بعد رؤية الدم وقبل التمادي فإنه يحمل أمرها فيه على التمادي ولا يرثها مطلقاً، وإن مات الزوج حينئذ لم ترثه إن تمادى، وإن قالت قبل موته باليوم والشيء القريب: انقطع الدم عني، وكان موته بإثر قولها ذلك ورثته، نقله ابن عبد السلام.

---

(١) «المقدمات» (١/ ٤٩٩) .

الثاني: عياض: واختلف إذا راجعها زوجها عند انقطاع هذا الدم وعدم تماديه ثم رجع الدم بقرب، هل هي رجعة فاسدة إذ قد ظهر أنها حيضة صحيحة وقعت الرجعة فيها فتبطل وهو الصحيح، وقيل: لا تبطل رجع عن قرب أو بعد.

خليل: وهذا الكلام يدل على أنها لم يعاودها الدم أن الرجعة صحيحة وأن للزوج الرجعة وإن قالت قبل ذلك: رأيت الدم ثم ادعت انقطاعه.

وَلا يُقْبَلُ قَوْلُهَا بَعْدَ التَّزْوِيجِ ولا قَبْلَهُ فِي ثُبُوتِ الرَّجْعَةِ

ابن رشد: يعني إذا ادعى زوجها أنه ارتجعها قبل انقضاء العدة وأقرت هي بصحة قوله فإن قولها في ذلك غير مقبول.

هذا الذي ظهر لي من قوله، وما كان يحتاج إلى هذا فقد سبق له في الرجعة ما يغني عنه، وقال ابن عبد السلام: يعني إذا فرعنا على المشهور أن لها أن تتزوج ولم تفعل ما استحب لها من التأخير فتزوجت فبعد أن عقد عليها النكاح قالت: انقطع الدم، لم يقبل قولها لأن ذلك إقرار على غيرها وهو الزوج فتتهم على إرادة فسخ نكاحه، وكذلك لو لم تتزوج فتتهم على إنشاء نكاح مع مطلقها من غير صداق ولا ولي فعلى هذا لو دفع إليها المطلق ربع دينار وأحضر الولي لما منعت من ذلك إذ لا موجب للتهمة والله أعلم.

وانظر كلام المؤلف ووفق بينه وبين كلام أشهب في «المدونة» أحب إليَّ ألا تنكح حتى تستمر الحيضة؛ لأنها ربما رأت الدم ساعة أو يوماً ثم ينقطع عنها فيعلم أن ذلك ليس بحيضة فإذا رأت المرأة هذا في الحيضة الثالثة فلترجع إلى بيتها والعدة قائمة ولزوجها الرجعة حتى تعود عليها حيضة صحيحة مستقيمة. انتهى كلام ابن عبد السلام.

وفيه نظر ؛ لأنها إذا قالت: انقطع عني، قبل التزويج فإما أن تبني على قول أبي عمران وابن رشد أن ابن القاسم يرى أن أقل الحيض لا حد له هنا كما في العبادة أولاً، فإن كان الأول فلا عبرة بكلامها لأنها قد كمل لها حينئذ ثلاث حيض، وإن بنينا على قول الأكثر فيقبل قولها لأنها حينئذ لم تحِض ثلاثاً ويكون لزوجها الرجعة، وقد تقدم في الفرع الثاني من كلام القاضي عياض ما يدل على ذلك، وقد صرح غيره بذلك، وعلى هذا فكلام ابن رشد أحسن، والله أعلم.

فَإِنْ طُلِّقَتْ فِي حَيْضٍ أَوْ نِفَاسٍ حَلَّتْ بِأَوَّلِ الرَّابِعَةِ، والأَمَةُ بِحِسَابِهَا

لأنها لا تعتد بالحيضة التي طلقت فيها وكذلك النفاس؛ فلأجل ذلك لا تحل إلا بالدخول في الحيضة الرابعة.

قوله: (**والأَمَةُ بِحِسَابِهَا**)، أي: فتحل بالدخول في الحيضة الثالثة.

وَإِذَا حَاضَتْ يَوْمًا أَوْ بَعْضَ يَوْمٍ فَفِيهَا يُسْأَلُ النِّسَاءُ أَيَكُونُ هَذَا حَيْضًا أَمْ لاَ، وَقَالَ أَيْضًا: ولا تَكُونُ حَيْضَةٌ أَقَلَّ مِنْ يَوْمَيْنِ، ابْنُ مَسْلَمَةَ: لا تَكُونُ أَقَلَّ مِنْ ثَلاثَةٍ، ابْنُ الْمَاجِشُونِ وسَحْنُونٌ: لا تَكُونُ أَقَلَّ مِنْ خَمْسَةٍ، وَلِذَلِكَ قَالَ سَحْنُونٌ: لا تَنْقَضِي بِأَقَلَّ مِنْ أَرْبَعِينَ وَقَدْ تَقَدَّمَ الطُّهْرُ فِي الْحَيْضِ...

قد تقدم أن أبا عمران وابن رشد تأولا على «المدونة»: أنه لا حد لأقل الحيض هنا كالعبادات وأن أكثرهم خالفهما هنا في ذلك، ونص المازري على أن المشهور عن مالك نفي التحديد وإسناد الحكم إلى ما يقوله النساء: إنه حيض، ونص أشهب في «المدونة»[1] أن اليوم لا يكون هنا حيضاً، وحكى الخطابي عن مالك أنه لا تكون الحيضة هنا أقل من يوم، وكل من قال بالتحديد بيوم أو يومين أو ثلاثة أو خمسة فإنما قال ذلك لعادة جرت عنده، وصرح المصنف عن سحنون أنه يقول: إن أقل الحيض خمسة، وإنما يحكيه غيره استقراء من قوله: إنها لا تنقضي بأقل من أربعين، أي: بناء على أن أقل الحيض خمسة، وعلى المشهور أن أقل الطهر خمسة عشر يوماً، وذلك أنه يقدر كون الطلاق وقع آخر لحظة من الطهر فهذا قرء ثم حاضت بعد خمسة أيام ثم طهرت خمسة عشر يوماً ثم حاضت خمسة ثم طهرت خمسة عشر يوماً ثم دخلت في الدم الثالث وذلك أربعون، ولو بنى على قوله أن أقل الطهر ثمانية لانقضت بستة وعشرين.

قوله: (**وقَدْ تَقَدَّمَ الطُّهْرُ فِي الْحَيْضِ**) فيه حذف خطابين تقديرهما: تقدم مقدار الطهر في كتاب الحيض، وحاصل كلام المصنف أن الطهر في البابين سواء، وإنما يختلف البابان في مقدار الحيض.

---

(١) «المدونة» (٤/١٥٨).

وَالْمُرْتَابَةُ بِغَيْرِ سَبَبٍ مُعْتَادٍ ـ حُرَّةً أَوْ أَمَةً ـ تَتَرَبَّصُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ اسْتِبْرَاءً ثُمَّ ثَلاثَةَ أَشْهُرٍ عِدَّةً فَتَحِلُّ عَقِبَ السَّنَةِ، كَمَا قَضَى عُمَرُ، ولِذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ: عِدَّةُ الطَّلَاقِ بَعْدَ الرِّيبَةِ، وعِدَّةُ الْوَفَاةِ قَبْلَ الرِّيبَةِ .

لما انقضى كلامه على المعتادة أخذ يتكلم على المرتابة بتأخير الحيض.

وقوله: (**بِغَيْرِ سَبَبٍ مُعْتَادٍ**) احترز بذلك مما لو تأخر حيضها لسبب معتاد وسيأتي، وسوَّى المصنف بين الحرةَ والأمةً في التربص تسعة أشهر، وهي زمان الحمل غالباً، فإذا لم يظهر بها حمل ولا رأت ما حصل الظن أنها ليست بحامل وأنها لا ترى دماً فقام ذلك مقام الإياس من كونها من أهل الأقراء فتعتد حينئذ كعدة الآيسة ثلاثة أشهر مضافة إلى التسعة ولا تدخل فيها، وهو معنى قوله: (**فَتَحِلُّ عَقِبَ السَّنَةِ**) ثم أشار إلى دليل هذا الحكم بقوله: (**كَمَا قَضَى عُمَرُ**) وبه قال ابن عباس، ولا يُعلم لهما مخالف، وهذا هو المشهور.

وذكر في «الكافي»[1] قولاً آخر: أن المرتابة لا تخرج من عدتها حتى تستوفي بقيتها وترفع الريبة، وقال أشهب: تعتد الأمة بأحد عشر شهراً تسعة استبراءً وشهران للعدة، وهو الظاهر لأن الثلاثة أشهر إنما لم تتشطر في حق الأمة لأجل أن الحمل لا يظهر في أقل منها وهاهنا قد حصل قبلها تسعة أشهر.

وقوله: (**ولِذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ...إلخ**) إنما كانت عدة الطلاق بعد الريبة قبلها لأن المطلقة تطلب أولاً بالأقراء فإذا مضت لها تسعة أشهر ولم تر شيئاً علمت أن عدتها بالأشهر، والمتوفى عنها تعتد بالأشهر فإذا انقضت عدتها ولم تر حيضاً وهي ممن تحيض في ذلك القدر حصلت الريبة فأمرت أن تنتظر حمل النساء غالباً ـ وهو تسعة أشهر لتزول الريبة.

فَإِنْ حَاضَتْ فِي السَّنَةِ ولَوْ آخِرَهَا انْتَظَرَتِ الثَّانِيَةَ كَذَلِكَ ثُمَّ الثَّالِثَةَ .

يعني: إذا قلنا تتربص سنة فإن جاءتها الحيضة ولو في آخر السنة انتقلت إلى الحيض؛ لأن الحيض يدل على الأقراء فإذا ظهر الأصل قبل ترتب البدل وجب إلغاء البدل كما في سائر الأصول، أما لو رأت الدم بعد السنة ولو بقليل لم يكن له أثر لأن المرأة قد حلت للأزواج بانقضاء السنة، فكان ذلك بمنزلة ما لو طرأ الماء على المتيمم وهو في الصلاة، وما ذكر المصنف من انتظار الثانية والثالثة كذلك هو المشهور.

---

(١) « الكافي» (ص/ ٢٩٣) .

وقال ابن نافع: إن حاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها حيضتها أو كانت ممن تحيض فإنها تنتظر أقصى الحمل خمس سنين، وإن كانت ممن يئس مثلها من الحيض اعتدت بالسنة تسعة أشهر ثم ثلاثة.

سحنون: وأصحابنا لا يفرقون بينهما والعدة فيهما بالسنة.

الشيخ أبو محمد: يعني سحنون فيمن يحتمل أن تحيض، وأما من لم تحتمل ذلك فعدتها ثلاثة أشهر.

فَإِنِ احْتَاجَتْ إِلَى عِدَّةٍ أُخْرَى قَبْلَ الْحيضِ فَفِي الاكْتِفَاءِ بِثَلاثَةِ أَشْهُرٍ قَوْلانِ.

يعني: إذا تمت عدتها بالسنة ثم احتاجت إلى عدة أخرى إما بأن تزوجت غير زوجها ودخل بها ثم طلقها، وإما أن يكون زوجها قد ارتجعها ثم طلقها فروى محمد عن مالك وأصحابه أن عدتها ثلاثة أشهر حرة كانت أو أمة؛ لأنها لما اعتدت بالشهور صار لها حكم اليائسة والقول بأنها لا تكتفي بثلاثة أشهر وتنتظر السنة لم أره معزوا.

وَتَكْفِي فِي الأَمَةِ الْمُشْتَرَاةِ فِي الْعِدَّةِ بَعْدَ مُضِيِّ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ بِاتِّفَاقٍ.

قال في «المدونة»(١): وإن اشترى معتدة من طلاق وهي ممن يحيض فارتفعت حيضتها فإذا مضت سنة من يوم الطلاق وليوم الشراء ثلاثة أشهر فأكثر حلت، وعلى هذا ففاعل (**تَكْفِي**) ضمير عائد على السنة، ويكون كلامه مقيداً بما إذا بقي من السنة من يوم الشراء ثلاثة أكثر، ويحتمل أن يكون ضمير (**تَكْفِي**) عائد على الثلاثة أشهر المتقدمة في قوله: (**فَفِي الاكْتِفَاءِ بِثَلاثَةِ أَشْهُرٍ قَوْلانِ**) وذكر عن القابسي في معتدة من طلاق اشتريت فرفعتها حيضتها أنها لا توطأ إلا بعد سنة ولو قال القوابل بعد ثلاثة أشهر وقبل سنة، لا حمل بها؛ فلا توطأ إلا بعد حيضتين أو سنة لا حيض فيها.

قال: وليست كالمعتدة من الوفاة هذه إن قال القوابل: بعد ثلاثة أشهر وقبل تسعة لا حمل بها؛ حلَّ لمشتريها وطؤها؛ لأن العدة من الوفاة قد انقضت بمضي شهرين وخمس ليال والتربص لزوال الريبة فمتى زالت حلت، والمطلقة عدتها بعد التسعة أشهر، وفي «المدونة»(٢) أيضاً: من اشترى معتدة من وفاة زوج فحاضت قبل تمام شهرين وخمس ليال

(١) «المدونة» (٥/ ٤٢٧).

(٢) «المدونة» (٥/ ٤٢٧).

لم يطأها حتى تتم عدتها، فـإن انقضت عدتها أجزأتها من العدة والاسـتبراء، وإن انقضت ولم تحض بعد البيع انتظرت الحيضة فإن رفعتـها حتى مضت ثلاثة أشهر وحست من نفسها انتظرت تمام تسعـة أشهر من يوم الشراء، فـإن زالت الريبة قبلهـا حلت وإن ارتابت بعدها بحس البطن لم توطأ حتى تذهب الريبة.

وأتيتُ بالكلام في المشتـراة في عدة الوفاة استطرادا لأن كـلام المصنف لا يتناولها، إذ هو الآن إنما يتكلم في عدة المطلقة.

وَبِسَبَبٍ مُعْتَادٍ كَمَنِ اعْتَادَتْهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ سَنَةٍ فَفِي انْتِظَارِهَا لاعْتِبَارِ الأَقْرَاءِ قَوْلانِ، وعَلَى انْتِظَارِهَا تَحِلُّ بِانْتِفَائِهَا

هذا قسيم قوله: **(والمرتابة بغير سبب معتاد)** أي والمرتابة بسبب معتاد، وجعل المصنف الأسباب أربعة:

الأول: إذا كانت عادتها أنها لا تحيض إلا في كل سنة أو نحو ذلك.

والثاني: الرضاع.

والثالث: المرض.

والرابع: الاستحاضة.

واقتصر في «الجواهر» (١) على الثلاثة الأخر، وهو أحسن؛ لأن في إدخال من تأخر حيـضها بسبب العـادة تحت المرتابة تسامحـاً، والقول بانتظارها الأقراء لمحـمد، وهو الذي حكاه اللخمي وغيره.

ابن عبد السلام: وهو الظاهر.

ابن راشـد: وهو الصحيح عملاً بعموم الآية؛ لأن عمدة المذهب في التربص سنة إنما هو قضاء عمر، وهو إنما كان فيمن رفعتها حيضتها.

ابن راشـــد: وقيل: تحل بانقضـــاء السنة، وقال ابن عبد الســلام: لا أتحقق وجود هذا القول في المذهب، ويمكن أن يريد المصنف أنها تحل بثـلاثة أشهر، لكن هذا القول إنما نقله

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٢٦٧).

أشهب عن طاوس: ووجهه: أنه حمل الآية في الأقراء الثلاثة على الغالب من حصول الطهر والحيض في شهر.

وعلى الانتظار فقال محمد: إن لم تحض عند مجيئها حلت وإن حاضت من الغد، وهذا معنى قوله: (وعَلَى انْتِظَارِهَا تَحِلُّ بِانْتِفَائِهَا) وكذلك في الحيضة الثانية والثالثة؛ واستشكله اللخمي فقال: وليس هذا أصل المذهب، ألا تحتسب بالحيض إذا جاء من الغد؛ لأن الحيض يتقدم ويتأخر.

ثم تكلم المصنف على الرضاع فقال:

والْمُرْضِعَةُ تَتَرَبَّصُ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ لا بِالسَّنَةِ اتِّفَاقًا، فَإِذَا انْقَطَعَ الرَّضَاعُ تَرَبَّصَتْ حِينَئِذٍ كالأُولَى...

ما حكاه من الاتفاق حكاه محمد فقال: لم يختلف قول مالك وأصحابه في عدة المرضع أنها لا تعتد بالسنة وعليها أن تنتظر الحيض أبداً ما دامت ترضع حتى ينقطع عنها الرضاع فتستقبل ثلاث حيض، فإن لم تحض حتى أتت عليها سنة من يوم قطعت الرضاع حلت.

وهذا معنى قول المصنف: (فَإِذَا انْقَطَعَ الرَّضَاعُ تَرَبَّصَتْ حِينَئِذ كالأُولَى) وعلل محمد انتظارها للأقراء بأنا عرفنا أن الرضاع هو الذي رفع عنها الحيض فكانت عدتها بالأقراء كما قال الله تعالى، أي فلم تدخل تحت اليائسات.

وَلِلزَّوْجِ انْتِزَاعُ وَلَدِه فِرَاراً مِنْ أَنْ تَرِثَهُ أَوْ لِيَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا أَوْ أَرْبَعَةً فِي طَلَاقٍ يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةَ إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِالْوَلَدِ...

هكذا قال مالك ومحمد، وهو مشروط بأن لا يضر بالولد كما إذا علق بأمه ولم يقبل غيرها.

مالك في «العتبية» (١): وكذلك وهي إذا طلبت طرحه فلها طرحه إذا قبل ثدي غيرها وكان للأب مال، وإنما قال المصنف: (فِي طَلَاقٍ يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةَ) لأنه لو كان طلاقاً بائناً لم يحتج إلى انتزاع الولد لأنها حينئذ لا ترثه وله أن يتزوج أختها أو رابعة، ثم تكلم المصنف على المرض فقال:

---

(١) «البيان والتحصيل» (٥/ ٣٦٤).

وَالْمَرِيضَةُ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: كَالْمُرْتَابَةِ بِغَيْرِ سَبَبٍ، وقَالَ أَشْهَبُ: كَالْمُرْضِعِ

قوله: (**كَالْمُرْتَابَةِ بِغَيْرِ سَبَبٍ**) أي: تتربص سنة، ورأى أشهب: أن المرض يذهب الدم فكان كالرضاع، وفرق ابن القاسم بينهما: بأن المرضعة قادرة على إزالة ذلك السبب فكانت قادرة على الأقراء بخلاف المريضة فإنها لا تقدر على رفع ذلك السبب فأشبهت اليائسة، وقول ابن القاسم مروي عن مالك، وبه قال أصبغ وابن عبد الحكم، واختار ابن المواز قول أشهب ثم تكلم المصنف على السبب الرابع وهو الاستحاضة فقال:

وَأَمَّا الْمُسْتَحَاضَةُ فَإِنْ كَانَتْ مُمَيِّزَةً بَيْنَ الدَّمَيْنِ فَرِوَايَتَانِ، ابْنُ الْقَاسِمِ: يُعْتَبَرُ الْحَيْضُ الْمُمَيَّزُ، ابْنُ وَهْبٍ: كَالْمُرْتَابَةِ، وغَيْرُ الْمُمَيِّزَةِ كَالْمُرْتَابَةِ...

حاصله أن المستحاضة على ضربين: إن كانت غير مميزة فهي كالمرتابة باتفاق فعدتها سنة، وإن ميزت فروايتان، واختار ابن القاسم أنها تعمل على المميز الذي لا شك فيه وهو المشهور، واختار ابن وهب أن تعتد بالسنة كالأولى وتمييزه برائحته ولونه، وقال ابن المواز بكثرته أي أن دم الحيض كثير ودم الاستحاضة قليل، والأمة في ذلك كالحرة.

تنبيه:

الباجي[1]: انتظارها سنة ظاهر في تقديم الاستحاضة وأما في تأخيرها ففيه نظر، وذلك أن الاستحاضة لا تكون إلا بعد حيض، فإذا وجد الحيض بطل حكم الريبة بارتفاع الحيضة واعتدت بالأقراء، فلا يجوز أن يضاف ما بعد الحيض والاستحاضة إلى ما قبله، وقاله ابن القاسم: تستأنف المستحاضة التي ينقطع عنها الدم سنة من يوم انقطعت الاستحاضة، ووجهه أن الاستحاضة ليست من جنس انقطاع الدم فلا تلفق.

وقال بعضهم: إذا قلنا تبني على أيام الاستحاضة فاختلف إذا لم تعلم أول الدم هل كان حيضًا أو استحاضة؟ فقيل: محمله على الاستحاضة وتكون السنة من يوم الطلاق.

محمد: والقياس أن تكون السنة من بعد قدر حيضة والاستظهار.

وَأَمَّا الصَّغِيرَةُ وَالْيَائِسَةُ حُرَّةً أَوْ أَمَةً فَثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ بِالأَهِلَّةِ؛ لقوله تعالى: ﴿**وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ**﴾ [الطلاق: ٤] أي

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٣٧١).

كذلك، وقوله: (حُرَّة أَوْ أَمَة) هو المشهور، ووجهه أن الحمل لا يظهر في أقل من ثلاثة أشهر، وحكى ابن بشير قولين آخرين: شهر ونصف والثاني: شهران وقوله تعالى: ﴿ **إِنِ ارْتَبْتُمْ**﴾ أي فلم تدروا ما عدتهن، هكذا فسره مالك في «العتبية».

وقال ابن بكير والقاضي إسماعيل: إن ارتبتم في معاودة الحيض، قالا: ولو كانت ريبة ماضية في الحكم لكان حقها أن ارتبتم بفتح الألف من إن قال: واليائس في كلام العرب إنما هو فيما لم ينقطع فيه الرجاء، يقال: يئست من الحيض لشدة مرضه ومن الغائب لبعد غيبته، ولا يقال: يئست من الميت الذي قد انقطع منه الرجاء.

قال اللخمي: والأول أحسن لقوله: ﴿**وَاللائِي يَئِسْنَ**﴾ ولا يجتمع الإياس والشك. وقال بعض المفسرين المعنى: إن ارتبتم هل الدم الذي ظهر من المرأة استحاضة أو حيض معهود أو كبر؟ وقال بعضهم: إنه متصل بأول السورة، والمعنى لا تخرجوهن من بيوتهن إن ارتبتم في انقضاء العدة، قيل: وهو الأصح في معنى الآية، وقوله: (بالأَهِلَّةِ) ظاهر.

فَإِنَ انْكَسَرَ الأَوَّلُ تُمِّمَ الْمُنْكَسِرُ ثَلاثِينَ مِنَ الرَّابِعِ، وقيلَ: تُمِّمَ الثلاثة

أي: فإن انكسر الشهر الأول بأن طلقها في أثناء شهر، وما قدمه المصنف هو في «المدونة» على بعض الروايات، لكن صرح عياض وغيره بأن ذلك إنما هو عن ابن شهاب وربيعة المتيطي عن بعض القرويين: وقولهما مخالف لقول مالك.

وقال أبو عمران: لعل ربيعة يريد إذا لم تر الأهلة مثل أن يغم الهلال، وهو أحسن من الخلاف، والقول الثاني هو مذهب المدنة، ونص عليه في كتاب أكرية الدور، وصرح بعضهم بمشهوريته، وهو الذي يأتي على ما ذكره المصنف في الظهار بقوله: فإن انكسر الأول تمم المنكسر ثلاثين من الثالث، وهو الظاهر؛ لأن المطلوب ما يصدق عليه ثلاثة أشهر، وذلك حاصل بهذا القدر، ووقع في بعض النسخ تقديم هذا القول وهي أحسن.

قَالَ مَالكٌ: وتُلغِي الْيَوْمَ الأَوَّلَ، بَعْدَ أَنْ قَالَ: تحْتَسِبُ بِهِ إِلَى وَقْتِه .

أي: إذا طلقت في بعض يوم ـ وعلى قوله الأول ـ أنها تحتسب به إلى وقته فتحل في تلك الساعة.

قال في «البيان»[١]: ووجهه أنها تجب عليها بإجماع أن تبتديء العدة من تلك الساعة ولتجتنب الطيب والزينة من حينئذ إن كانت عدة وفاة فيجب أن تحل في تلك الساعة، قال: ووجه الثاني أن السنة والشهر واليوم لما كان أول كل واحد منها غروب الشمس عند العرب والعجم وجب إلغاء بعض اليوم.

وعلى الثاني: لو تزوجت بعد الوقت الذي هلك فيه زوجها وقبل غروب الشمس لَفسخ النكاح، وقال ابن القاسم: لا يفسخ، وهو قول ثالث وهو استحسان مراعاة للخلاف.

فَإِنَ رأَتِ الدَّمَ قَبْلَ تَمَامِهَا عَادَتْ إِلَى الأَقْراءِ .

يعني: فإن رأت الصغيرة الدم قبل تمام الأشهر فإنها تلغي ما قدم وتعتد بالأقراء ولو كان ذلك في آخر يوم من الأشهر لأنها إنما اعتدت بالأشهر لتعذر الحيض، وإنما خصصنا كلامه هنا بالصغيرة كما قال ابن راشد، ولم نعممه في الصغيرة والكبيرة ـ كما قال ابن عبد السلام ـ لأنه سيتكلم في اليائسة.

والعدد بالنسبة إلى الصغيرة مجاز؛ لأنه حقيقة في الرجوع إلى شيء تقدم، ثم كلامه مقيد بما إذا كانت في سن من تحيض، وأما من لم تحض فلا اعتبار به وهو دم علة وفساد كما لو رأته بنت الستة ونحوها، وهذا معنى قوله:

وما تَراهُ مَنْ لا يَحيضُ مِثلُهَا لا اعتدادَ بِهِ .

ثم تكلم على اليائسة فقال:

وَما تَراهُ الْيَائِسَةُ يُسْأَلُ النِّساءُ عَنْهُ فَإِنْ كَانَ حَيْضًا انْتَقَلَتْ إِلَيْهِ ثُمَّ تَكُونُ بَعْدَهُ كَالْمُرْتَابَةِ بَعْدَ حَيْضَةٍ...

أي: إذا قال النساء: إنه حيض فليست بيائسة، وإنا معنى الكلام وما تراه من شك في كونها يائسة فإن قلن: إنه حيض انتقلت إليه. قال في «المدونة»[٢]: وإن قلن: ليس بحيض وكانت في سن من لم تحض من بنات السبعين والثمانين لم يكن ذلك حيضًا وتمادت بالأشهر.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٥/ ٣٥٧) .

(٢) «تهذيب المدونة» (١/ ٤٢٦) .

ونص في «المقدمات» [١] في كتاب الطهارة على أنه إذا شك في هذا الدم أنه يحكم له بحكم الحيض حتى يظهر.

وَالَّتِي لَمْ تَحِضْ، وإن بَلَغَت الثَّلاثِينَ كَالصَّغيرة.

يـريـد: وأكثر مـن الثلاثين، وقد صرح في أصل «المدونة» بأن الأربعين كـذلك، قال علماؤنا: وأما لو حاضت مـرة في عمرها ثم انقطع عنها سنين كثيـرة لمرض أو غيره، وقد ولدت أو لم تلد ثم طلقت فـإن عدتهـا بالأقراء ما لم تـبلغ سن من لم تحض، فإن أتتـها الأقراء وإلا تربصت سنة كما تقدم.

وَالْحَامِلُ تَـحِلُّ بِوَضْعِ جَمِيعِ حَـمْلِهَا لا بِأَحَـدِ التَّوْأَمَيْنِ، ولِذَلِكَ صَـحَّتِ الرَّجعَـةُ قَبْلَ وَضْعِ الثَّانِي، ولا فَرْقَ بَيْنَ الْكَامِلِ والْعَلَقَةِ كالاسْتِيلاد...

لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] وذلك يتناول جميع الحـمل، فلذلك فلا تحل إلا بوضع الثاني، فإذا لم تحل كـان للزوج الرجعة، ولفظ الحـمل يتناول الكامل والعلقـة، ونص في «المدونة»[٢] في إرخـاء الستـور على أنهـا تحل بالمضغة والعلقة وتكون بها أم ولد، ونص في الاستبراء على أن الدم المجتمع كذلك، وقال أشهب: لا تحل بالدم المطلقـة ولا تكون به الأمة أم ولد، قيل: وعـلامة هذا الدم عند ابن القاسم أن يصب عليه الماء فلا يذوب.

ابن عبـد السلام: وما تقدم من أنها تحل بالدم عند ابن القاسم ولا تحل به عند أشهب هو المعلوم من المذهب، وعكسه عياض في بعض تواليفه.

والْمُرْتَابَـةُ بِحَسِّ الْبَطْنِ لا تُنْكَحُ إلا بَعْدَ أَقْـصَى أَمَدِ الْوَضْعِ، وهُوَ خَـمْسَـةُ أَعْوَامٍ عَلَى الْمَشْهُورِ، ورُوِيَ أَرْبَعَةٌ، وسَبْعَة، وقَالَ أَشْهَبُ: لا تَحِلُّ أَبَدًا حَتَّى يَتَبَيَّنَ...

ما ذكـره المصنف أنه المشهور كذلك قـال ابن شاس [٣] وغيـره، وهو قوله في كـتاب العدة من «المدونة»، والقول بالأربع هو أيضًا لمالك في كتاب العتق من «المدونة».

---

(١) «المقدمات» (١/ ٦٦).

(٢) «المدونة» (٦/ ١٢٩).

(٣) «الجواهر» (٢/ ٢٦٧).

عبد الوهاب: وهي الرواية المشهورة.

قال ابن الجلاب[1]: هو الصحيح، وروى أشهب عنه: أنه أقصاه سبعة أعوام، وقال أشهب: لا تحل أبدًا حتى يتبين براءتها من الحمل. قال: وأرى أن المرأة تلد أبدًا إذا كانت ترى الدم حتى يذهب عنها ثم تستقبل تسعة أشهر.

وهذا يصحح النسخة التي ذكرناها وهي قوله : حتى يتبين، لا ما وقع في بعض النسخ: حتى يتأيس، من الإياس لأنه لا يلزم من بلوغها سن الإياس أن لا يكون في بطنها حمل متقدم وإنما يمنع الإياس ابتداء الحمل، ويمكن أن يكون المعنى: حتى تيأس من الحمل، فيتفق معنى هذه والأولى، وما جاء هذا الإشكال إلا من فهم الإياس من الحيض، ونقل الجوهري في إجماعه عن محمد بن الحكم أن أكثره تسعة أشهر.

ابن عبد السلام: ولا أعلم له موافقًا كما لا أعلم له موجهًا؛ لأن العيان يقتضي خلافه بما لا يشك فيه ولعله لم يصح عنه.

وروي عن مالك: أنه لا تحد في ذلك بل يلحق الولد بما يقول النساء أنه يلحق به. وهو أظهر، وسيأتي هذا القول من كلام المصنف.

والنِّسَاءُ كُلُّهُنَّ فيه سَوَاءٌ

أي: فيما تقدم، وهو أكثر مدة الحمل، ولعله إنما ذكر هذا إشارة إلى دفع ما يقال: إنه وجد من بني فلان من لا تلد إلى كذا، وفي بني فلان من لا تلد إلى كذا.

وَلَوْ أَتَتْ بَعْدَ الْعِدَّةِ بولَد لدون أَقْصَى الحَمَلِ لَحِقَ بِهِ إلا أَنْ يَنْفيَهُ بِاللِّعَانِ، ولا يَضُرُّهَا إِقْرَارُها بانْقضَاءِ الْعِدَّةِ لأَنَّ الحَامِلَ تَحيضُ...

يعني: أن المرأة المطلقة ـ وفي معناها: المتوفى عنها ـ إذ أتت بعد انقضاء العدة بولد فإنه يلحق به إذا أتت به لما يلحق فيه الولد، ولا ينتفي عنه إلا بلعان؛ لأن الولد للفراش ، وكلام المصنف ظاهر التصور وهو مقيد بما إذا لم تتزوج غير هذا الزوج أو تزوجت غيره وأتت به لأقل من ستة أشهر من عقد الثاني ، وحينئذ ينفسخ نكاح الثاني؛ لأنه نكاح في عدة وترجع إلى الأول ، وأما إن أتت به لستة أشهر فأكثر فهو لاحق بالثاني قطعاً .

---

(١) «التفريع» (٢/ ١١٧) .

وَفيهَا: لَوْ تزوَّجتْ قَبْلَ خَمس سنينَ بأَرْبَعَة أَشْهُر فأَتَتْ بولَد لخَمْسَة أَشْهُر لَمْ يَلْحَقْ بِوَاحِد مِنْهُمَا وحُدَّتْ، واسْتَضْعَفَهُ بَعْضُهُمْ وقَالَ: كَأَنَّ تَحْديدَ خَمْسِ سِنِينَ فَرْضٌ...

إنما لم يلحق بالأول للزيادة على خمس سنين ولم يلحق بالثاني لنقصانه عن أقل حمل، إذا لم يلحق بواحد منهما فتحد قطعاً، والمستضعف لهذا هو القابسي.

ابن يونس: وكان يستعظم أن ينفى الولد من الزوج الأول، وتبعه على ذلك اللخمي، وهو استضعاف ظاهر، ولظهوره عقب المصنف ذلك بقوله:

وكَانَ مَالكٌ يَقُولُ: إذَا جَاءَتْ بِهِ لِمَا يُشْبِهُ لَزِمَ.

وإلا فكان الأليق بالمصنف أن يقدم لهذا القول لما ذكر الخلاف، والله أعلم.

وَمَنْ أَقَرَّ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ في سَفَر أَوْ غَيْره ولا بَيِّنَةَ اسْتَأْنَفَت الْعدَّةَ منْ يوم إقْرَاره ووَرثَتْهُ، فيهَا في الرَّجْعيِّ ولا يرثُهَا ولَا رَجْعَةَ لَهُ إنِ انْقَضَى قَدْرُ الْعدَّة مَنْ يَوْمِ طَلَاقِ إقْرَارِهِ، فَإنْ كَانَتْ بيِّنَةٌ فَالْعدَّةُ منْ يَوْمِ طلَّقَ...

صورة المسألة من كلامه ظاهرة وإنما استأنفت العدة من يوم أقر لأن العدة حق لله تعالى فلا يصدق في إسقاطها ولذلك ورثته في الطلاق الرجعي ما دامت في العدة، وإنما لم يرثها ولم تكن له رجعة إذا انقضت العدة من يوم طلاق إقراره لأنه أقر أنها حينئذ أجنبية فالشرط في قوله: (**إنِ انْقَضَى**) راجع إلى مسألتي الميراث والارتجاع معاً، قال في «المدونة»[1]: وإن كان الطلاق بتاتاً لم يتوارثا بحال.

أبو الحسن: وانظر لو قال الزوج: إنما أقررت بذلك لإسقاط النفقة والسكنى، هل يصدق، وتكون له الرجعة كما صدقوا المرأة إذا ادعت أن زوجها طلقها ثلاثاً ولم تصدق عليه ثم خالعها وأرادت نكاحه وقالت: إنما أقررت بذلك لإسقاط النفقة والسكنى لأتخلص منه أن ذلك لها وكما صدقوها إذا طلقت وادعت أنها حامل ثم تقول: لم يكن بي حمل وإنما قلت ذلك ليراجعني زوجي.

وقوله: (**وإنْ كَانَتْ بيِّنَةٌ**) أي: تشهد بما أقر به فالعدة من يوم شهدت البينة؛ لأن قيام البينة يقطع كل تهمة.

قال في «التهذيب» [2]: ولا يرجع عليها بما أنفقته من ماله بعد طلاقه قبل علمها

(١) «المدونة» (٤/١٨٣).

(٢) «تهذيب المدونة» (١/٤٢٧).

لأنه فرط ، زاد في أصل «المدونة»: بخلاف المتوفى عنها تنفق من مال زوجها بعد موته فللورثة الرجوع عليها .

مالك في «العتبية»[(١)] : وترجع أيضاً بما تسلفت في الطلاق، وقال ابن نافع : لا ترجع بما تسلفت بخلاف ما أنفقت .

ابن المواز : ولو قدم عليها رجل واحد يشهد بطلاقها فأعلمها أو رجل وامرأتان فليس ذلك بشيء حتى يشهد عندها من يحكم به السلطان في الطلاق .

وَزَوْجَةُ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا ـ صَغِيراً أَوْ كَبِيراً ، بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ غَيْرِ الْحَامِلِ مِنْهُ ـ تَعْتَدُّ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً ، مُسْلِمَةً أَوْ كَافِرَةً ، مَدْخُولاً بِهَا أَمْ لا ـ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً ، فَإِنْ كَانَتْ أَمَةً فَشَهْرَانِ وَخَمْسُ لَيَالٍ.

أي : أن المسلم مطلقاً سواء كان صغيراً أو كبيراً إذا توفي عن زوجته صغيرة كانت أو كبيرة تعتد لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا ﴾ الآية [البقرة : ٢٣٤]، ولم يفرق هنا في الزوج والزوجة بين أن يكونا صغيرين أو لا ؛ لأن الزوج لما كان معدوما في عدة الوفاة حسم الشرع الباب وأوجب له العدة مطلقاً بخلاف الطلاق فإن الزوج يبحث عن حال المعتدة ويذب عن نفسه، واحترز بقوله (**غَيْرِ الْحَامِلِ**) من الحامل فإن عدتها وضع حملها كما سيأتي، وقوله : (**فَإِنْ كَانَتَ أَمَةً**) يريد : أو فيها بقية رق .

وحكى ابن أبي زيد وابن العطار عن مالك: أنه لا عدة على أمة توفي عنها زوجها قبل البناء وإن كان مثلها يوطأ ، وهي رواية شاذة .

وَتُجْبَرُ الذِّمِّيَّةُ عَلَى الْعِدَّةِ مِنَ الْمُسْلِمِ ، وَرُوِيَ فِي الْحُرَّةِ الذِّمِّيَّةِ ثَلاثَةُ قُرُوءٍ وَلا عِدَّةَ عَلَيْهَا قَبْلَ الدُّخُولِ...

أي: العدة المتقدمة وهي أربعة أشهر وعشر ، وجبرت إما لعموم الآية وإما لأنه حق بين مسلم وكافر ، وما هذا شأنه يغلب فيه المسلم ، والرواية أنها تعتد بثلاثة قروء حكاها ابن الجلاب[(٢)] وغيره .

---

(١) «البيان والتحصيل» (٥/ ٣٧٥) .
(٢) «التفريع» (٢/ ١١٧).

وقوله : (ولا عِدَّةَ عَلَيْهَا قَبْلَ الدُّخُولِ) هكذا وقع في نسختي ولم يقع ذلك في نسخة ابن عبد السلام وابن راشد ، وعلى وقوعها فليست ابتداء مسألة وإنما هي من تمام الرواية الثانية ، ففي «الجواهر»(١) : وروى الحرة الذمية أنها تُستبرأ بثلاث حيض ، ويشرط في هذه الرواية كونها مدخولاً بها وإلا فلا عدة عليها ، وأما على المشهور فتعتد بأربعة أشهر وعشراً ، وهكذا أشار ابن الجلاب وغيره .

تنبيه :

وقع هنا في بعض النسخ ما نصه: (وأما الحرة الذمية يدخل بها الذمي فلا تحل إلا بعد ثلاثة قروء طلق أو مات ، وتحل إن لم يدخل بها لوقتها طلق أو مات) وتصورها واضح .

فَلَوْ عُلِمَ فَساده بَعْدَ وَفَاتهِ أُلْحِقَتْ بِالْمُطَلَّقَاتِ يوْمَ وَفَاتهِ .

يعني : أن ما قدمه من أن المتوفى عنها تعتد بأربعة أشهر وعشراً إنما هو في النكاح الصحيح ، وأما الفاسد فإنها تلحق بالمطلقات فإن دخل بها استبرئت بثلاث حيض وإن لم يدخل بها فلا شيء عليها لأن الحكم يوجب فسخه ، وتحقيق المذهب أن الفساد إن كان مجمعاً عليه ولم يدخل بها فلا عدة ، وإن دخل بها فعليها الاستبراء خاصة على المشهور ، وقيل : تعتد بأربعة أشهر وعشر ، وإن كان مختلفاً فيه ولم يدخل فمن ورَّثها قال : عليها العدة ؛ ومن لم يورثها لم ير عليها شيئاً .

وإن كان دخل ففي اعتدادها بالأشهر أو الأقراء قولان ، روى ابن المواز عن ابن القاسم فيمن تزوج في المرض ثم مات: أنها تعتد بأربعة أشهر وعشر ، وقال أيضاً: إنها تعتد بثلاثة أقراء والأول أظهر .

وَقَالَ أَشْهَبُ : لا بُدَّ مِنْ حَيْضَةٍ أَوْ مَا يَنُوبُ عَنْهَا فِي الْمُرْتَابَةِ ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ : لا يُحْتَاجُ إِلَيْهَا ، وَالْمَشْهُورُ : إِنْ تَمَّتْ قَبْلَ عَادَتِهَا فَلا ، ويَنْظُرُهَا النِّسَاءُ وإِلا فَنَعَمْ .

لا خلاف أن المعتدة في الوفاة تحل بمضي الأشهر إذا حاضت في أثنائها ، واختلف إذا لم تحض ، فروى أشهب : لا بد من حيضة كانت أيام طهرها أقل من العدة أو أكثر ، وإن لم تحض فلا بد من تسعة أشهر ، وإلى هذا أشار بقوله : أو ما ينوب عنها في المرتابة،

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٢٥٧) .

وفي قوله : (**قَالَ أَشْهَبُ**) نظر؛ لأنه يوهم أن أشهب قاله ، والمنقول عنه في «المنتقى»(١) و«المقدمات» (٢) وغيرهما كقول ابن الماجشون : لا يحتاج إليها ، وتكفيها أربعة أشهر وعشر لأنه لو كانت الحيضة مشروطة لبيَّنته الآية ﴿ **وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا** ﴾ [مريم: ٦٤] والمشهور تصوره واضح ووجهه بيِّن؛ لأن تأخير الحيض إذا كانت عادتها أن تحيض قبل مضي مقدار العدة ريبة بخلاف ما إذا كانت عدتها أنها لا تحيض في قدرها ، فإن التأخير هنا لا يوجب ريبة ، ولذلك اتفق على أن المرضع والمريضة تحل بمضي أربعة أشهر وعشر ، قاله ابن بشير؛ لأنها لم يتأخر الحيض عنها لريبة في الحمل وإنما ذلك لما نزل بها ، وعلى المشهور فتكون الآية مخصصة بمن لم تحصل لها ريبة بتأخير الحيض وهو مبني على تخصيص العموم بالمعنى، وما ذكره المصنف أنه المشهور رواه مطرف عن مالك.

وحاصله: أنها تبرأ بمضي أربعة أشهر وعشر بشرطين : أن تتم العدة قبل مجيء عادتها ، وأن ينظرها النساء ويقلن لا ريبة بها، وإلى الشرط الثاني أشار بقوله : وينظرها النساء ، أي إذا تمت العدة قبل عادتها .

قوله : (**وإلا فَنَعَمْ**) أي: وإن قال النساء : بها ريبة ؛ فلا بد من الحيضة أو ما يقوم مقامها ، وهذا الخلاف في المدخول بها .

القاضي أبو محمد : وأما غير المدخول بها فتحل بمضي العدة وإن تأخر حيضها، وروى ابن المواز وابن سحنون أنها تعتد بأربعة أشهر وعشر إلا أن ترتاب بتأخير الحيض فترفع لتسعة أشهر .

وفِي الْمُسْتَحَاضَةِ قَوْلانِ : أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْر ، وتِسْعَةُ أَشْهُرٍ ، وَالتَّفْصِيلُ أَيْضًا فِي الْمُمَيِّزَةِ...

اقتصر الباجي(٣) على القول بأنها تعتد بتسعة أشهر ، وحكاه اللخمي وابن بشير وحكيا أيضاً القول بأنها تعتد بأربعة أشهر وعشر ، واستحسنه اللخمي لعموم الآية .

قال ابن عبد السلام : والقولان لمالك نصا، وأما الثالث فتخريج ، ومعناه: أنها إن

(١) «المنتقى» (٥/ ٣٧٢) .
(٢) «المقدمات» (١/ ٥٠٥) .
(٣) «المنتقى» (٥/ ٣٧٢) .

كانت غير مميزة تربصت تسعة أشهر وإلا اكتفت بالأربعة أشهر وعشر إن أتتها فيها حيضة ، كما تقدم .

وَأَمَّا الأَمَةُ فَقِيلَ : لا تَحِلُّ بِمُجَرَّدِ مُضِيِّ الْعِدَّةِ اتِّفَاقا ، وإِنَّمَا تَحِلُّ بِمَا تَحِلُّ به الأَمَةُ فِي الشِّرَاءِ مِنْ حِينِ الْمَوْتِ مَعَهَا ، وقِيلَ : تَحِلُّ الْمُرْضِعُ بِمُضِيِّهَا ، وفِي «الْعُتْبِيَّة» تَحِلُّ مُطْلَقًا...

حاصل ما ذكره طريقان :

أحدهما : أن ما تقدم من الخلاف في اشتراط الحيضة في عدة الوفاة إنما ذلك في عدة الحرة ، وأما الأمة فالاتفاق على أنها لا تحل بمجرد مضيها لقصر أمدها فلا يظهر الحمل فيها .

وقوله : (**إِنَّمَا تَحِلُّ ...إلخ**) ليس بظاهر؛ لأنه لا يؤخذ منه الحكم ، ولا يقال : لعله شبه لإفادة الحكم لأن التشبيه لإفادة الحكم إنما يكون إذا ذكره .

وقد اختلف بما تحل به الأمة المتأخر زمان حيضها في الشراء ، هل بثلاثة أشهر أو تسعة ؟

ومقتضى «المدونة»[١]: أنها تحل بثلاثة إلا أن ترتاب ، ففيها : ومن اشترى معتدة من وفاة زوج فحاضت قبل تمام شهرين وخمس ليال لم يطأها حتى تتم عدتها ، فإن انقضت أجزأتها عن العدة والاستبراء ، وإن تمت عدتها ولم تحض بعد البيع انتظرت الحيضة، فإن رفعتها حتى مضت ثلاثة أشهر وحست من نفسها انتظرت تمام تسعة أشهر من يوم الشراء ، فإن زالت الريبة قبلها حلت وإن ارتابت بعدها بحس البطن لم توطأ حتى تذهب الريبة .

قيل لابن شاس[٢]: ما فائدة التسعة وهي لا تبرأ إلا بزوال الريبة ؟

قال : معنى ذلك إذا أحست شيئاً عند الثلاثة وارتفعت إلى التسعة كفتها التسعة إن لم تزد تلك الريبة ، وأنها لا تزيد على التسعة إلا أن تزيد تلك الريبة .

ابن عبد السلام : والمشهور أنها ترفع إلى تسعة أشهر .

خليل : ولعله يريد مع الريبة ليوافق «المدونة» . وقول المصنف: (وإنما تحل بما تحل به الأمة في الشراء) يحتمل أن يريد به على القولين أو على أحدهما ، والأقرب أنه يريد

---

(١) «تهذيب المدونة» (١/ ٤٥١) .

(٢) «الجواهر» (٢/ ٢٥٨) .

القول بالثلاثة الأشهر لأنه الذي في «الجواهر»، وهو مقتضى «المدونة» كما ذكرنا ، وكذلك مذهب «الرسالة»(١) فإنه نص فيها على أن الأمة التي لا تحيض لصغر أو كبر وقد بني بها فلا تنكح في الوفاة إلا بعد ثلاثة أشهر ، وهذه الطريقة ضعيفة فإن ما حكاه المصنف عن «العتبية» في الطريقة الثانية يبطل الاتفاق .

وقوله : **(تَحِلُّ مُطْلَقاً)** أي: سواء كان يخشى منها الحمل أو لا ، وحكى غير واحد في هذه المسألة ثلاثة أقوال ، قال ابن القاسم في «العتبية»(٢) : تحل وإن كانت شابة يخشى منها الحمل ، وفي إحدى الروايتين عن مالك: أنها تكمل ثلاثة أشهر ولا تحل بدونها ، وقال في «الموازية»: إن كانت ممن يخشى منها الحمل فثلاثة أشهر ، وإن كانت صغيرة أو يائسة أو لم يدخل بها فشهران وخمس ليال .

اللخمي: وهو أحسنها، والقول بأن المرضع تحل بمضيها هو أيضاً لابن القاسم في «العتبية» .

والْحَامِلِ بِوَضْعِهَا ولَوْ لَحْظَةً ، ولَهَا غُسْلُ زَوْجِهَا ولَوْ بَعْدَ نِكَاحِهَا .

يعني : والحامل المتوفى عنها تحل بوضعها ولو ولدت بعد موته بلحظة .

(**ولَهَا غُسْلُ زَوْجِهَا**) ولو تزوجت غيره ، وهذا مذهب الجمهور، ورأوا أن قوله تعالى: ﴿ **وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** ﴾ [الطلاق:٤] مخصص لعموم قوله: ﴿**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا** ﴾ [البقرة:٢٣٤] ونقل عن علي وابن عباس : إنما تعتد بأقصى الأجلين ، وبه قال سحنون.

ودليل الأول: ما في الصحيح أن سبيعة الأسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليال وأنها ذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فأمرها أن تتزوج، وصرح البخاري: الأربعين ليلة، وفي «الموطأ»: نصف شهر.

الباجي(٣) : وهذه القضية من آخر ما حكم به النبي ﷺ ؛ لأن سبيعة كانت تحت سعد بن خولة فتوفي عنها في حجة الوداع .

---

(١) «الرسالة» (ص/ ١٠٠) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٥/ ٣٧٦) .

(٣) «المنتقى» (٥/ ٣٧٣) .

وقوله : (**وَلَهَا غُسْلُ زَوْجِهَا وَلَوْ بَعْدَ نِكَاحِهَا**) تصوره بيّن .

ابن الماجشون : وإن ماتت الزوجة وكان قد تزوج أختها فله أن يغسلها، وقال ابن حبيب : أحب إليّ إذا نكح أختها أن لا يغسلها .

ابن يونس : وعندي إذا ولدت المرأة وتزوجت غيره فأحب إليّ ألا تغسله، وهو ظاهر، ولا يوجد دليل على جواز نظر المرأة إلى فرج رجلين في وقت واحد .

وَالْمَوْتُ يَنْقُلُ الرَّجْعِيَّةَ حُرَّةً أَوْ أَمَةً إِلَى عِدَّةِ الْوَفَاةِ ، وَقِيلَ : إِلَى أَقْصَى الأَجَلَيْنِ .

يعني: أن المطلقة الرجعية سواء كانت حرة أو أمة إذا مات زوجها عنها انتقلت إلى عدة الوفاة وتبطل العدة التي كانت فيها لأن المطلقة طلاقا رجعياً حكمها حكم الزوجة في الإرث والنفقة والسكنى وهذا هو المشهور، وقال سحنون : عليها أقصى الأجلين، ورأى أن الطلاق أوجب عدة والموت أوجب أخرى فلا يبطل الموت ما تقدم بالطلاق .

خليل : وانظر لو كانت حاضت حيضة قبل الموت ثم لم تأتها حيضة في عدة الوفاة فهل تكتفي بتلك الحيضة وهو الظاهر من جهة المعنى أو لا ؟ وهو ظاهر كلامهم .

وقوله : (**وَالْمَوْتُ يَنْقُلُ الرَّجْعِيَّةَ**) احترز به من المطلقة طلاقاً بائناً فإن الموت لا ينقلها.

وَلا يَنْقُلُ الْعِتْقُ إِلَى عِدَّةِ الْحُرَّةِ .

يعني : إذا طلقها طلاقا رجعيا ثم عتقت فإنها تتم عدة الأمة؛ لأن العتق ليس بموجب للعدة ، وحاصله أن الناقل ما أوجب عدة .

وَلَذَلِكَ لَوْ عُتِقَت ثُمَّ مَاتَ فَعِدَّةُ الْحُرَّةِ لِلْوَفَاةِ لأَنَّ الْمَوْتَ لَمَّا نَقَلَهَا صَادَفَهَا حُرَّةً ، وَلَوْ مَاتَ ثُمَّ عُتِقَتْ فَعِدَّةُ أَمَةٍ...

يعني : ولأجل ما قدمه من أن الموت ينقل وأن العتق لا ينقل كان الحكم فيمن طلق زوجته طلاقاً رجعيا ثم عتقت ثم مات عنها أن عليها عدة الحرة ؛ لأن الموجب لعدة الوفاة حصل في حال كونها حرة بخلاف ما إذا مات ثم عتقت لأن الموجب ـ وهو الموت ـ لما نقلها لم يصادف حرة فتستمر على عدة الأمة شهرين وخمس ليال .

ابن عبد السلام : وسواء تقدمت لها حيضة أم لا ، غير أنه إن تقدمت اكتفت بما انتقلت إليه ، وإن لم تتقدم لها حيضة فاسلك بها ما تقدم في عدة الأمة للوفاة إذا لم تر

فيها دما ، وكذلك تفعل في التي تقدم عتقها على موت مطلقها .

وَلا تَنْتَقِلُ ذِمِّيَّةٌ تُسْلِمُ تَحْتَ ذِمِّيٍّ بَعْدَ الْبِنَاءِ فَيَمُوتُ فِي عِدَّتِهَا .

إنما لم تنتقل الذمية وإن كان الزوج أملك بها إذا أسلم لأنها في حكم البائن ، وإنما كان أملك بها إذا أسلم تألفاً على الإسلام لا لكونها رجعية ، وأيضاً فالخطاب في عدة الوفاة إنما وقع للمسلمين بقوله تعالى : ﴿الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ﴾ .

احترز بقوله : (بَعْدَ الْبِنَاءِ) مما لو مات عنها قبله فإنها لا عدة عليها .

وَيَجِبُ الاسْتِبْرَاءُ بِحصُولِ الْمِلْكِ بِبَيْعٍ أَوْ غَيْرِهِ مِنْ إِرْثٍ ، أَوْ هِبَةٍ ، أَوْ صَدَقَةٍ ، أَوْ وَصِيَّةٍ أَوْ فَسْخٍ ، أَوْ إِقَالَةٍ ، أَوْ غَنِيمَةٍ إِذَا لَمْ تُؤْمَنِ الْبَرَاءَةُ بِوَجْهٍ قَوِيٍّ اتِّفَاقًا كَذَاتِ السَّيِّدِ وَالْمَسْبِيَّةِ وَحْدَهَا أَوْ مَعَ زَوْجِهَا ، وَإِنْ كَانَتْ لَمْ تَحِضْ أَوِ انْقَطَعَ حَيْضُهَا إِذَا كَانَتَا مِمَّنْ يَحْمِلْنَ عَادَةً كَبِنْتِ ثَلاثَ عَشْرَةَ ، وَخَمْسِينَ .

أصل اشتقاق الاستبراء من التبري وهو التخلص ، ثم استعمل لغة في الاستقصاء والبحث والكشف عن الأمر الغامض ، وفي الشرع في الكشف عن حال الأرحام عند انتقال الأملاك مراعاة لحفظ الأنساب ، وهو واجب كإيجاب العدة في الزوجات لما رواه أبو داود أنه عليه الصلاة والسلام قال في سبي أوطاس : « **لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض حيضة** »(١) .

الأبهري : ويجب الاستبراء بأربعة شروط :

الأول : الملك .

الثاني : ألا تعلم براءة الرحم .

الثالث : أن يكون وطء تلك الأمة مباحاً في المستقبل .

والرابع : أن لا يكون الفرج محللاً له قبل الملك .

واحترز بالأول مما لو تزوج أمة فإنه لا يجب عليه استبراؤها ، وبالثاني مما لو علمت براءتها كما لو حاضت الأمة المودعة عنده ثم اشتراها ، وبالثالث مما لو اشترى ذات زوج ،

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٥٧) والدارمي (٢٢٩٥) والحاكم (٢٧٩٠) والبيهقي في الكبرى (١٠٥٧٢) من حديث أبي سعيد الخدري ـ رضي الله عنه . وصححه الألباني ـ رحمه الله .

وبالرابع مما لو اشترى زوجته ، وقال غيره : إذا اجتمع نقل الملك مع عدم الحوز وجب الاستبراء ، وإن انتفى الأمران أو أحدهما فلا استبراء، وكلام الأبهري أحسن لأن هذا الكلام يقتضي أن الإنسان إذا اشترى أمة متزوجة بالغير أن عليه الاستبراء وليس كذلك ، وقال بحصول الملك ولم يقل كغيره ينقل الملك ليدخل في كلامه ما أخذه بالغنيمة من أيدي الكفار مما أخذوه من أموال المسلمين بالقهر فإنهم إنما لهم فيه شبهة الملك على المذهب ، وقسم المصنف أنواع الملك بقوله : (**أَوْ غَيْرِهِ...إلخ**) .

وقوله : (**أَوْ إِقَالَة**) يريد: إلا أن يتقايلا قبل التفرق فإنه لا استبراء، نص عليه في «المدونة»(١) ، ويؤخذ هذا التقييد من كلام المصنف من قوله : (**إِذَا لَمْ تُؤْمَنِ**) لأنه إذا حصل التقايل قبل التفرق علمت البراءة .

وقوله : (**كَذَاتِ السَّيِّدِ**) هو أيضاً من الأمثلة التي لا تعلم فيها البراءة لأنها إذا كانت ذات سيد ثم انتقلت إلى غيره فذلك الغير لم يعلم براءة رحمها لاحتمال أن يكون السيد قد وطئها .

وقوله : (**والْمَسْبِيَّة**) ظاهر ، وفيها جاء الحديث المتقدم .

وقوله : (**وإِنْ كَانَتْ لَمْ تَحِضْ ...إلخ**) (إن) للبالغة بمعنى (لو) أي: يجب الاستبراء على كل من يمكن حملها سواء كانت ممن رأت دم الحيض أم لا ، وجعل سن الصغيرة التي يمكن حملها ثلاثة عشر ، وسن الكبيرة التي يمكن حملها خمسين ، وتقدم في الطهارة فيمن سنها خمسون هل يحكم لما تراه من الدم بحكم الحيض أم لا ؟ وكذلك اختلفوا هنا في العدد هل يحكم لها بحكم اليائسة أم لا ؟

وَكَذَلِكَ لَوْ أَبْضَعَ فِيهَا فَاشْتُرِيَتْ فحاضت فِي الطَّرِيقِ .

يعني : وكذلك يجب الاستبراء إذا أبضع في جارية، أي: إذا أرسل دراهم مع شخص ليشتري له بها جارية فاشتراها ، وظاهر كلامه: أنه لا فرق في ذلك بين أن يأتي بها المبضع معه أو يرسلها مع غيره ، وإنما ذكر في «المدونة»(٢) المسألة فيما إذا أرسلها مع غيره .

عياض : ووجب الاستبراء هنا؛ لأنها قد خرجت من يد مشتريها المؤتمن عليها ، ولهذا

---

(١) «المدونة» (٦/ ١١٧) .

(٢) «المدونة» (٦/ ١١٧) .

فارقت المودعة التي تخرج ولو كان مشتريها هو الذي أتى بها إليه كانت كمسألة المودعة.

وقال أشهب : تجزئها حيضتها في الطريق ولو أرسلت مع وكيل ، ولا استبراء عنده من سوء الظن ، وعلى هذا فيقيد كلام المصنف بما إذا بعثها مع غيره ، واستشكل قول ابن القاسم بوجهين :

أحدهما : لو وجب الاستبراء بسوء الظن لزم ألا يطأ من إمائه إلا من لا تتصرف ، وأن لا يطأ في كل طهر إلا مرة .

ثانيهما: أن ابن القاسم وافق في الأمة المودعة، وكذلك الأمة المرتهنة تفدى على أن لا استبراء فيهما، فكان يلزمه ألا يستبرئ في المسألة المذكورة لأن المبضع معه والرسول أمينان.

وأجيب: بأن المبضع معه بعثها مع غيره بغير إذن ربها فأشبه الغاصب فليس استبراء سوء الظن ، ولا تشبه أيضاً الوديعة للتعدي ، وفيه نظر الوديعة .

فَإِنْ أَمنت قَطْعًا أَوْ بِوَجْه قَوِيٍّ كَالاسْتِبْرَاء لَمْ يَجِب اتِّفَاقًا كَمَنْ لا تُطِيقُ الْوَطْءَ ، وَكَمَنْ حَاضَتْ تَحْتَ يَده لِزَوْجَته أَوْ وَلَد لَهُ صَغِير فَيَسْتَبْرِئُهَا مِنْ نَفْسه لِنَفْسه وَلَمْ تَخْرُجْ ، أَوْ لِشَرِيكِه ، أَوْ بِوَدِيعَةٍ وَلَمْ تَخْرُجْ ، وَلَمْ يَدْخُلْ عَلَيْهَا سَيِّدُهَا وَكَالْمَبِيعَةِ بِالْخِيَارِ وَلَمْ تَخْرُجْ عَنْ يَدِهِ .

ظاهره أن فاعل (أمنت) عائد على البراءة لأنه قسيم قوله : (إذا لم تؤمن بالبراءة) وصوابه على هذا أن يقول فإن حصلت البراءة أو اعتقدت بوجه قطعي أو بوجه ظني قوي، ويمكن أن يكون فاعل (أمنت) ضميراً عائداً على المشتراة المفهومة من السياق ، والأول أقرب إلى لفظه كما ذكرنا ، والثاني أولى لسلامته مما أورد على الأول ، والله أعلم .

قوله : (**كَالاسْتِبْرَاء**) مثال لما علمت فيه البراءة بوجه ظني .

وقوله : (**كَمَن لا تُطِيقُ الْوَطْءَ**) مثال لما علمت فيه البراءة قطعاً ، واعترضه ابن عبد السلام بأن الكلام إنما هو فيمن يمكن وطؤها؛ وفيه نظر ، ونص المتيطي: أن بنت ثمان سنين لا تطيق الوطء وعمل بذلك وثيقة ، وإنما لم يجب الاستبراء هنا لأنه إنما وجب خشية وطء الحامل ، وقد انتفى الحمل إما بالقطع وإما بالظن .

وقوله : (**كَمَنْ حَاضَتْ**) هذه أمثلة لما ظن فيها البراءة؛ لأنها إذا حاضت تحت يده سواء كانت لزوجته أو ولده الصغير ثم اشتراها حصل الظن القوي ببراءة رحمها .

وقوله : (**مِنْ نَفْسه لنَفْسه**) راجع إلى مسألة الولد .

وقوله : (**ولَمْ تَخْرُجْ**) أي: وأما إن خرجت فإنه يجب عليها الاستبراء لسوء الظن ، وهذا الشرط إنما هو على قول ابن القاسم وأما على قول أشهب فلا .

ابن عبد السلام : والظن في التي انتقلت إليه من ابنه أقوى منه في المنتقلة إليه من زوجته؛ لأن نظره في الأولى أتم ، ولهذا فصل أشهب في جارية زوجته على ما حكاه عنه محمد ، فقال : إن كانت معه في دار هو الذاب عنها والناظر في أمرها أجزأه كانت تخرج أم لا تخرج ، فظاهر هذا أن الزوج لو لم يكن هو الذاب عنها لكان لها حكم غير هذا .

وقوله : (**أَوْ لشَرِيكه**) أي: اشترى نصيب شريكه وهي تحت يده .

وقوله : (**أَوْ بِوَدِيعَةٍ ولَمْ تَخْرُجْ ، ولَمْ يَدْخُلْ عَلَيْهَا سَيِّدُهَا**) لا خفاء في اشتراط عدم دخول سيدها ، وأما اشتراط عدم خروجها فهو مبني على قول ابن القاسم لا على قول أشهب .

وقوله : (**أَوْ بِوَدِيعَةٍ**) معطوف على قوله : (**وَكَمَنْ حَاضَتْ تَحْتَ يَدِهِ لِزَوْجَتِهِ**) تقديره كمن حاضت تحتَ يده حالة كونها لزوجته أو بوديعة .

وقول ابن عبد السلام أن قوله : (**بِوَدِيعَةٍ**) معطوف على قوله : (**بِوَجْهٍ قَوِيٍّ**) أو على ما عطف عليه بوجه قوي ليس بظاهر؛ لأنَّ الوديعة أحد أمثلة الوجه القويَّ .

وقوله : (**وكَالْمَبِيعَةِ بِالْخِيارِ**) أي: إذا اشترى أمة على الخيار إما له أو للبائع أو لأجنبي، وقبضها المشتري وحاضت في أيام الخيار ، ثم أمضى من له الخيار البيع فلا يحتاج إلى استبرائها ، وهذا حكم المشتري وأما البائع ففي المدونة : ومن اشترى جارية بالخيار ثلاثة فتواضعاها أو كانت وخشاً فقبضها ، فاختار من له الخيار ردها فلا استبراء على البائع؛ لأن البيع لم يتم فيها ، قال : وإن أحب البائع أن يستبرئ التي غاب عليها المشتري وكان له الخيار خاصة فذلك أحسن ؛ إذ لو وطئها المبتاع لكان بذلك مختارا وإن كان منهيا عن ذلك، كما استحب استبراء التي غاب عليها الغاصب .

عياض: وأحب في مسألة الغاصب محمولة على الوجوب، قال : ويبينه ما وقع في أول الكتاب من قوله: (**وعليه أن يستبرئها**)، قالوا : وعلى الغاصب نفقتها ومنه ضمانها حتى تخرج .

ونص في «الجواهر»[١] على استحباب الاستبراء إذا غاب عليها المشتري على ظاهر «المدونة» .

وقال القاضي أبو الفرج : القياس إذا غاب عليها المشتري وجوب الاستبراء، واستحسنه اللخمي . انتهى .

خليل : والأقرب حمل «المدونة» على الوجوب في مسألة الخيار ولا سيما إذا كان الخيار للمشتري .

فَإِنْ أَمِنَتْ بِوَجْهٍ قَوِيٍّ يَقْصُرُ عَنِ الاسْتِبْرَاءِ فَقَوْلانِ ، وهُوَ مَرَاتِبُ .

هذا الكلام يتم به تقسيمه الذي بَيَّنَ فيه من يجب في حقه الاستبراء ومن لا يجب ، وجعل الأقسام ثلاثة ، إما ألا تعلم البراءة ولا تظن أولاً ، فالأول يجب فيه الاستبراء ودخل فيه من ظن شغل رحمها ومن شك، والثاني إما أن تعلم براءة الرحم أو تظن بوجه قوي كالاستبراء الحاصل عنده قبل حصول ملكه أو يظن دون ذلك .

وذكر في القسم الثالث في وجوب الاستبراء قولين ، وجعله مراتب ولم يجعله مسائل لوجهين ؛ لأن المراتب تفاوت الوجوه التي يقوى بها الاستبراء ويضعف ؛ لأن المرتبة الواحدة يدخل تحتها مسائل ، والمشهور في جميع المراتب الوجوب إلا الأولى .

الأُولَى : الْحَاصِلَةُ فِي أَوَّلِ الْحَيْضِ بِشَرْطِ أَلا يَمْضِي مِقْدَارُ حَيْضَةِ اسْتِبْرَاءٍ ، فَالْمَشْهُورُ: لا يَجِبُ...

تصور كلامه ظاهر ، ومقابل المشهور حكاه ابن شعبان وفضل عن أشهب: أنه لا بد من حيضة أخرى .

وقواه : (**بِشَرْطِ أَلا يَمْضِي مِقْدَارُ حَيْضَةِ اسْتِبْرَاء**) هكذا فسر محمد ذلك ، وهو أحسن من قوله في : «المدونة»[٢] : ومن ابتاع أمة في أول الدم أجزأه من الاستبراء ، وأما في آخره وقد بقي منه يوم أو يومان فلا ؛ لأن قوله في أول الدم أعم من المقصود ، فإنها إذا كانت عادتها اثنى عشر يوماً أو نحوها واشتراها بعد أربعة أيام صدق عليها أنها في أول الدم مع أنها لا تستغني ببقية هذا الدم عن الاستبراء، لكن ما أشار إليه المصنف إنما يأتي

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٢٧٧) .

(٢) «المدونة» (٥/ ٤٣٧) .

على رأي أبي بكر بن عبد الرحمن ، وذلك أنه اختلف في معظم الحيضة فذهب أبو بكر ابن عبد الرحمن إلى أنه يراعى أكثر الأيام .

وحكى ابن القصار عن ابن مناس أن معظم الحيضة اليوم الأول والثاني ؛ لأن الدم فيهما يكون أكثر اندفاعاً من باقي الحيضة وإن كثرت الأيام ، والدم القوي الذي يدفع ما في الرحم لا الرقيق .

الثَّانِيةُ : مَنْ تَحْتَ يَدِه إِذَا كَانَتْ تَخْرُجُ أَوْ مَنْ كَانَتْ لِغَائِبٍ أَوْ لِمَجْبُوبٍ أَوْ امْرَأَةٍ أَوْ صَبِيٍّ أَوْ مُكَاتَبَةٍ تَتَصَرَّفُ ثُمَّ عَجَزَتْ وَيُسَمَّى اسْتِبْرَاءَ سُوءِ الظَّنِّ ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : يَجِبُ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : لَا يَجِبُ .

خاف ابن القاسم عليها الحمل من زنا أو اغتصاب فأوجب الاستبراء .

ابن راشد : وهو أقيس لفساد الزمان ، ولم يعتبر أشهب هذا الاستبراء الذي أوجبه ابن القاسم لسوء الظن؛ لأن الدليل قام على الغاية في مملوكته التي تتصرف . وقد يجاب لابن القاسم: أنه لو خوطب بالاستبراء في المملوكة لشق ذلك لتكرره بخلاف المشتراة ، وألحق في «الجواهر»[(١)] المشتراة من الصبي ونحوه المشتراة من محرم ، وصرح بمشهورية قول ابن القاسم، وما ذكره المصنف من وجوب الاستبراء في المكاتبة هو نص قول ابن حبيب ، وهو الذي نقله التونسي وابن شاس عن ابن القاسم ، وهو ظاهر نقل المازري ؛ لأنه قال : أثبت فيها ابن القاسم الاستبراء ونفاه أشهب .

والذي في «المدونة»[(٢)] في أول كتاب الاستبراء : ومن كاتب أمته ثم عجزت أحببت له الاستبراء إلا التي في يده لا تخرج فالاستبراء عليها، وعلى هذا فيكون معنى أحببت أنه يجب عليه الاستبراء .

وحمل أبو الحسن وابن عبد السلام «المدونة» على ظاهرها ، وجعل كلام المصنف مخالفاً لها، وقد اختلفت ظواهر مسائل «المدونة» في رجوع المكاتب إلى يد ربه بسبب العجز ، هل هو ملك مستأنف أم لا ؟ وخلافهم في مسألة المكاتبة راجع إلى هذا المعنى .

خليل : وفيه نظر؛ لأنه خلاف ما نقله التونسي وغيره عن ابن القاسم ؛ ولأن علة ابن

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٢٧٨) .

(٢) «المدونة» (٦/ ١٢٢) .

القاسم حاصلة في المكاتبة كغيرها .

وَالثَّالِثَةُ : كَالْمُطِيقَةِ وَالْيَائِسَةِ لا يَحْمِلانِ عَادَةً ، وَفُرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا تَقَدَّمَ لِلذَّرِيعَةِ وَلِعُسْرِ تَبيِّنِه...

قال في «الجواهر»[١] : كبنت التسع والعشر فإنه يمكن وطؤها ولا تحمل في العادة ، وكبنت الخمسين، والقول بوجوب الاستبراء رواه ابن القاسم عن مالك، والقياس هو الشاذ، وهو رواية ابن عبد الحكم وابن غانم ؛ لأن الاستبراء معلل بخشية الحمل ، والفرض أن العادة تنفيه لولا ما عارضه من التعليل الذي أشار إليه المصنف ؛ لأنه لو قيل بذلك لتوسل إلى من يمكن الحمل منها ، وأيضاً فإنه يعسر تمييز الزمان الذي يمكن فيه الحمل مما لم يمكن فيه ، فلذلك أمر بالاستبراء في الجميع حسماً للذريعة .

وَالرَّابِعَةُ : كَالْوَخْشِ وَالْبِكْرِ .

ذكر في «الجواهر»[٢] أن المشهور الوجوب فيهما ، والقول بنفي الوجوب في الوخش حكاه المازري وغيره، والقول بنفي الوجوب في البكر للخمي ، ورآه مستحبا على وجه الاحتياط .

ابن عبد السلام : واحتمال الحمل في الوخش أقوى منه في البكر ، فكان ينبغي ألا يجمع بينهما في مرتبة واحدة ، بل احتمال الحمل في الوخش أقوى منه في الصغيرة واليائسة المذكورتين في المرتبة الثالثة ؛ والذي قاله ظاهر لا سيما إن كانت الوخش شابة .

وَالْخَامِسَةُ : كَالْمُشْتَرَاةِ مُتَزَوِّجَةً فَتُطَلَّقُ قَبْلَ الْبِنَاءِ ، وَقَالَ سَحْنُونُ : تَحِلُّ مَكَانَهَا .

يعني : إذا اشترى أمة ذات زوج ولم يبن بها ، فبعد انعقاد البيع طلقها زوجها قبل أن يبني بها ، فقال ابن القاسم : ليس للمشتري أن يطأها في تلك الحال ، ولا بد له من الاستبراء ؛ لأنها لو أتت بولد لستة أشهر فأكثر من يوم عقد النكاح عليها لحق بالزوج .

وقال سحنون: تحل للمشتري مكانها ؛ إذ لا موجب عنده للاستبراء ؛ لأن الفرض أنها غير مدخول بها، وقول ابن القاسم أظهر لما ذكرناه ، ولأن الزوج إنما يباح له وطؤها بإخبار السيد؛ لأنه لا طريق له غير ذلك بخلاف المشتري ، فإنا لو أجزنا له الوطء لكان

---

(١) «الجواهر» (٢/٢٧٨) .

(٢) «الجواهر» (٢/٢٧٨) .

أيضاً معتمده إخبار السيد ، والمشتري لا يجوز له الاعتماد على ذلك باتفاق .

وَيَجِبُ بِرُجُوعِهَا مِنْ غَصبٍ أَوْ سَبْيٍ .

القاعدة : أنه متى حيزت الأمة على وجه استباحة وطئها وجب استبراؤها إذا غلب عليها غيبة يمكن فيها الوطء ، ولا تصدق الأمة إن قالت: لم يطأني، كما لا تصدق الحرة في ذلك.

عياض : قالوا: وعلى الغاصب نفقتها ومنه ضمانها حتى تخرج ، قالوا: ويلزم هذا فيمن زنى بأمة رجل طائعة أو مكرهة ؛ لأن طوعها لا يبطل حق سيدها .

وَيَجِبُ بِزَوَالِ الْمِلْكِ بِعِتْقٍ أَوْ مَوْتِ سَيِّدِ أُمِّ الْوَلَدِ فِي غَيْرِ الْمُتَزَوِّجَةِ وَالْمُعْتَدَّةِ مِنْهُمَا...

لما كان موجب الاستبراء ضربين؛ حصول الملك وزواله، وتكلم على الأول أتبعه بالثاني .

ابن هارون : يعني أن الأمة الموطوءة سواء كانت مستولدة أم لا إذا عتقها السيد أو مات سيد أم الولد فلا تتزوج كل واحدة منهما إلا بعد الاستبراء بحيضة ، وإن عقد قبل الاستبراء فسخ قبل الدخول وبعده لوقوع العقد في حالة يحرم الاستمتاع فيها لحق الغير . ثم إن هذا الاستبراء إنما يحتاج إليه إذا لم تكونا متزوجتين أو معتدتين ، فإن كانتا كذلك فلا استبراء ؛ لأنهما إنما وجب استبراؤهما إذا لم تكونا معتدتين أو متزوجتين ؛ لأنه لا مانع هناك للسيد من وطئهما ، فاحتمل أن يكونا موطوءتين له بخلاف ما إذا كانتا متزوجتين أو معتدتين فإن هناك مانعا له، وهذا معنى قوله في غير المتزوجة والمعتدة منهما، أي من الأمة وأم الولد .

وَلَوِ اسْتَبْرَأَهُمَا أَوِ انْقَضَتْ عِدَّتُهُمَا ثُمَّ أَعْتَقَهُمَا اسْتَأْنَفَتْ أُمُّ الْوَلَدِ دُونَهَا .

يعني : إذا استبرأ السيد الأمة أو أم الولد أو انقضت عدتهما من وفاة زوج كل منهما أو طلاقه ، ثم أعتقهما وأراد السيد أن يُزوجهما ، فإن الأمة تكتفي بذلك الاستبراء المتقدم أو العدة المتقدمة بخلاف أم الولد فإنها لا تكتفي بذلك الاستبراء المتقدم أو العدة المتقدمة ، وتحتاج بعد العتق إلى الاستبراء بحيضة ؛ لأن أم الولد لما كان فيها عقد حرية كانت الحيضة في حقها كالعدة ، فصارت بمنزلة الزوج يطلق امرأته بعد استبرائها بثلاث حيض فإنها لا تكتفي بذلك ولا بد لها من استئناف العدة ؛ لأن أم الولد فراش لسيدها ولا يخرجها عن

ذلك إلا تزويجهـا ، وإذا زالت عصمة النكاح عـادت إلى الفراش بخلاف الأمة فـإنها وإن كانت رائعة ليست بفراش حتى يقر السيد بوطئها .

وَاسْتَأْنَفَا فِي الْمَوْتِ مَعًا ، وَلَوْ كَانَ غَائِبًا إِلا غَيبَةً عُلِمَ أَنَّهُ لَمْ يَقْدمْ مِنْهَا .

يعني: لو مات سيد أم الولد أو الأمة فإنهما تستأنفان معاً حيضة؛ لأن الميت يحتاط له.

وقوله: (**وَلَوْ كانَ غائِبًا**) مبالغة، وسواء كانت الأمة أقر السيد بوطئها أم لا.

ابن عبد السلام: ولو قيل في الأمة المتوفى عنها سيـدها ولم يقر بوطئها لا تحتاج إلى استـبراء كان السـيد غائبـا أو حاضرا ما كـان بعيدا، ألا ترى أنهـا لو أتت بولد لم يلحق بسيدها، فلم يبق إلا الاستبراء من سوء الظن، وفيه ما قد علمت.

وقوله : (**إِلا غِيبَةً عُلِمَ أَنَّهُ لَمْ يَقْدَمْ مِنْهَا**) أي : ولا يمكنه أن يأتي خفية .

وفي معنى الولد التي يعلم أنه لم يقدم منها ما إذا كان مسجوناً، وما ذكره صحيح في الأمة ، وأما في أم الولد فمخالف لما في «المدونة»[1] ، ففيها : وإن مات السيد وهي في أول دم حيضتها أو غاب عنها فحاضت بعـده كثيراً ثم مات عنها ، فلا بد لها من استئناف حيضتها بعد موته لأنها عدته .

وإنما يأتي كـلام المصنف على ما قـاله عبد الوهاب في مـعونتـه أن الحيـضة في الدم استبراء محض وليس بعدة .

وَلَوْ مَاتَ فِي أَوَّلِ دَمِهِمَا لَمْ يُعْتَدَّ بِهِ فِي أُمِّ الْوَلَدِ لأَنَّهُ لَهَا كَالْعِدَّةِ .

يعـني: بخلاف الأمة فإنها تعتد به كمـا تقدم في الشراء، وما حكاه من عدم الاكتفاء في أم الولد هو المشهور ، وفي «الاستذكار» عن القاضي إسماعيل أنها تكتفي بالحيضة التي مات وهي عليها ، وهو جار على أن الحيضة في حق أم الولد استبراء محض.

وَيَجِبُ قَبْلَ تَزْوِيجِ الأَمَةِ ، وَيُقْبَلُ قَوْلُ السَّيِّدِ .

أي: ويجب الاستبراء ، وهذا مقيد بالموطوءة، وأما إن لم يطأها ففي «المدونة» [2]: لا يحتاج فيها إلى استبراء، وقُبِلَ قول السيد في الاستبراء لأنه لا يعلم إلا من جهته .

وَلَوْ اشْـتَرَاهَا مِنْ مُـدَّعِي اسْـتِبْـرَاءٍ وَلَمْ يَطَأْهَا جَـازَ لَهُ تَزْوِيجُـهَا قَـبْلَ الاسْـتِبْـرَاءِ عَلَى

---

(١) «المدونة» (٦/ ١٢٢) .

(٢) «المدونة» (٦/ ١٢٣) .

الْمَشْهُورِ...

يعني : إذا اشترى أمة وزعم بائعها أنه استبرأها قبل بيعها على ما هو الأولى له .

وقوله : (**ولَمْ يَطَأْهَا**) يوهم أن له وطئها بدعوى البائع ، وهو لا يجوز حتى يستبرئها.

وقوله : (**جَازَ لَهُ تَزْوِيجُهَا**) على المشهور ؛ لأنه قد انتقل إلى المشتري حكم البائع .

ووجه الشاذ أن البائع كان له ذلك حيث كان له وطء بخلاف المشتري ، وهو قول سحنون . وقال ابن القاسم فيمن اشترى زوجته قبل البناء فأراد أن يزوجها : ليس له ذلك حتى يستبرئها ؛ لأن بائعها لم يكن له أن يطأها .

وقال سحنون : له أن يزوجها ؛ لأن الوطء له جائز، وبالجملة فابن القاسم راعى حال البائع ، وسحنون راعى حال المشتري .

وَيَجِبُ عَنِ الْوَطْءِ الْفَاسِدِ كَمَنْ وُطِئَتْ بِاشْتِبَاهٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَكَمَنْ وَطِئَ أُخْتَ أَمَةٍ وَطِأَهَا ثُمَّ حَرَّمَ الْأُولَى...

ابن راشد : ولا خلاف في هذا وتصور كلامه ظاهر .

وَفِي اسْتِبْرَاءِ الْأَبِ أَمَةً لابْنِهِ فَوَطأَهَا بَعْدَ أَنِ اسْتَبْرَأَهَا فَقُوِّمَتْ عَلَيْهِ قَوْلَانِ .

يعني : إذا وطئ الرجل جارية ولده فقومت عليه فإن لم يكن استبرأها قبل وطئها لم يطأها حتى يستبرئها ، وإن كان قد عزلها عنده واستبرأها ثم وطئها ، فالمشهور أنه لا يحتاج إلى استبراء، والمشهور ومقابله في «المدونة»[1] ، ففيها : ابن القاسم : ومن وطئ جارية ابنه فقومت عليه فليستبرئها إن لم يكن الأب قد عزلها عنده واستبرأها، وقال غيره : لا بد أن يستبرئها لفساد مائه وإن كانت مستبرأة عند الأب، وقول الغير ظاهر لوجه ما ذكره من فساد الماء ، وأجاب القابسي بمنع فساده لأن الأب إذا تلذذ بجارية ابنه حرمت على الابن ووجب على الأب قيمتها ، ولم يكن للابن التمسك بها على المعروف، وهذه لما كانت مستبرأة عند الأب فبأول وضع اليد عليها وجلوسه بين فخذيها حرمت على الابن ووجبت على الأب القيمة ، فصار وطؤه في مملوكة له بعد الاستبراء .

وأشار التونسي إلى أن قول الغير مبني على قول ابن عبد الحكم: أن الأب لا يضمن قيمتها بوطئها بل يكون للابن أن يتماسك بها في عسر الأب ويسره .

---

(١) «المدونة» (٦/ ١٣٣) .

وحكاية المصنف القولين تدل على أن قول الغير مخالف لقول ابن القاسم وهي طريقة الأكثر ، وذلك أن الأكثر فهموا أن قول ابن القاسم إن لم يكن الأب عزلها عنده واستبرأها، أنه لو كان استبرأها قبل الوطء لا يحتاج إلى استبراء بعده، وخالفهم ابن اللباد وابن الشقاق وفهما قوله : (إن لم يكن عزلها عنده واستبرأها) على أن المراد بعد وطئه . وصحح هذا ابن مرزوق ، وخالفه تلميذه ابن رشد ، وصححه مذهب الأكثرين ، واحتج لابن القاسم بما احتج به القابسي، واختار عياض قول ابن اللباد بدليل قول ابن القاسم في آخر المسألة لأنه وطء فاسد .

وَالاسْتِبْرَاءُ لِلْمُرْتَابَةِ قُرْءٌ وَاحِدٌ ، وَهُوَ حَيْضَةٌ عَلَى الْمَشْهُورِ .

لقوله عليه الصلاة والسلام: «**ألا لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تحيض**»(١) ومقابل المشهور أنه طهر كالعدة ، ولم أره منصوصاً ، وإنما خرجه المازري على قول أشهب أن المشتراة في أول دمها لا تكتفي بذلك .

وَالْمُرْتَابَةُ بِتَأْخِيرِ حَيْضِهَا ، قِيلَ : تَتَرَبَّصُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : ثَلاثَةٌ وَيَنْظُرُهَا النِّسَاءُ ، فَإِنِ ارْتَبْنَ فَتِسْعَةٌ . وَكَانَ يَقُولُ : تَحِيضُ كُلَّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ انْتَظَرَتْهَا...

يعني : أنه اختلف في استبراء الأمة المرتابة ، والقول بأنها تتربص تسعة أشهر لمالك في «المدونة» ورواية ابن وهب ، والقول الذي نقله المصنف عن ابن القاسم بقوله : ثلاثة وينظرها النساء ؛ هو له في «العتبية» ، ورواه ابن القاسم وابن غانم في «المدونة» .

ابن القاسم : وإن ارتفعت الريبة قبل التسعة حلت .

وسئل ابن المناس : ما فائدة التسعة على هذا القول وهي إن زالت ريبتها قبلها حلت، وإن لم تزل بعد التسعة زادت ؟

فأجاب بأن قال : فائدة ذلك إذا لم تزد تلك الريبة بها الحاصلة بالثلاثة وبقيت على حالها ، نعم إن زادت بالحس والتحريك زادت على التسعة، وفصل ابن القاسم بين من تكون عادتها بتأخير حيضتها ، كما إذا كانت تأتيها الحيضة في ستة أشهر أو سبعة أو نحو ذلك ، وبين من يتأخر حيضها أكثر من تسعة أشهر كما إذا كانت تحيض كل سنة ، فالأولى تنتظر الحيضة ، والثانية تبرأ بثلاثة أشهر ، وقول المصنف: وكان يقول : إن كانت تحيض كل ستة أشهر ليس هو على معنى الاشتراط ، والمعنى إن كانت عادتها تحيض فيما

---

(١) تقدم تخريجه.

دون تسعة أشهر ، ولكن ذكر المصنف الستة تبعا للرواية، وهذه الرواية رواها يحيى عنه .

خليل : وانظر على هذا القول إذا كانت عادتها ستة أشهر فانتظرتها ولم تأتها الحيضة فيهـا ، هل تحل بانتفائهـا كما تقدم في عـدة الحرة إذا كانت عادتهـا أن تحيض كل سنة أو ترجع إلى تسعة أشهر غالب أمر الحمل .

وَالْمُرْضِعُ وَالْمَرِيضَةُ كَذَلِكَ .

أي : مثل المرتابة ، وظاهر تشبيـهه في الخلاف المتقدم ، ويحتمل في الاسـتبراء بثلاثة أشهر ، وينظرها النساء فإن ارتبن فتسعة وهو أقرب ؛ لأنه الذي رأيته منصوصا؛ ولأن قوله إثر هذا: والمستولدة كذلك .

وقيل: (تسعة) يقـتضي أنه لم يرد التشبيه في الجميع وإلا لاسـتغنى عن قوله: وقيل: (تسعة)، لكن في كلامـه على هذا نظر، فإنه ليس في كلامه ما يدل على أنه أراد بالتـشبيه ذلك .

وَالْمُسْتَوْلَدَةُ كَذَلِكَ ، وقِيلَ : تِسْعَةٌ.

المستولدة هي أم الولد ، وتصور القولين بيِّن .

وَالْمُسْتَحَـاضَةُ : الْمَـشْهُـورُ : ثَلاثَةُ أَشْهُـرٍ إِلا أَنْ تَشُكَّ فَتِـسْعَةٌ ، أَوْ تَرَى مَـا تُوقِنُ هِيَ والنِّسَاءُ أَنَّهُ حَيْضٌ...

مقابل المشهور أنه تتربص تسعة ولو ميزت .

وَالصَّغِيرَةُ وَالْيَائِسَةُ : ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ .

أي : بشرط أن يمكن وطء الصغيرة ، ففي «البيان»: أمَّا التي لا يوطأ مثلها فلا خلاف أنها لا اسـتبراء عليهـا ، وإنما الخلاف في الصغيـرة التي يوطأ مثلها ويؤمن الحـمل منها ، فذهب مـالك وعامة أصـحابه إلى وجوب الاسـتبراء فيـها والمواضعـة إن كانت من ذوات الأثمان بثـلاثة أشهر ؛ لأن الحمـل لا يتبين في أقل منها، وقـيل : شهران، وقيل: شـهر ونصف، وقيل: شهر .

وذهب مطرف وابن الماجـشون إلى أنها لا يجب فـيهـا استبـراء ولا مواضـعة، ونقل بعضهم القـول بالشهرين والشهـر والنصف في اليائسة أيضاً بعض الموثـقين، وكذلك أيضاً يلزم من قال: إن استبراء الصغيرة شهران يقول بذلك في اليائسة .

وَالْحَامِلُ : بِوَضْعِ حَمْلِهَا .

أي : واستبراء الحامل ، وهو ظاهر .

وَالْمُرْتَابَةُ بِحَسِّ الْبَطْنِ أَقْصَى أَمَدِ الْوَضْعِ .

يعني : على الخلاف المتقدم .

وَيَحْرُمُ فِي زَمَنِ الاسْتِبْرَاءِ جَمِيعُ الاسْتِمْتَاعِ ، ابْنُ حَبِيبٍ : لا يَحْرُمُ مِنَ الْحَامِلِ مِنْ زِنًى وَالْمَسْبِيَّةِ إِلا الْوَطْءُ...

ابن عبد السلام : والأول هو المعروف في المذهب، وقال ابن حبيب : أما المسبية تقع في سهمه أو يبتاعها في المقاسم فله أن يلتذ منها بالقبلة والمباشرة والتجريد وغيره ما عدا الوطء لئلا يسقي ماءه ولد غيره ، وهذه قد تم ملكه فيها ، وبيع المقاسم بيع في براءة وإن ظهر بها حمل لم ترد به .

أبو محمد : وهذا الذي ذكر ابن حبيب أنه تدخل البراءة من الحمل في بيع السلطان ليس بقول مالك إلا أن يعني في الوخش .

وقد قال ابن المواز: بيع الرائعة بالبراءة مطلق جائز ولا يدخل في ذلك الحمل ، وإن تبرأ منه فسد البيع .

ونقل المازري وصاحب «الجواهر»[1] عن ابن حبيب في الحامل من زنى مثل ما نقله المصنف وكذلك ابن راشد .

وقال ابن عبد السلام : ما ذكره المؤلف عن ابن حبيب في الزنا لا أحفظه عنه ، لكن قال سحنون فيمن اشترى أمة بالبراءة من حمل ظاهر أنه لا بأس أن ينال منها ما ينال من الحائض إذا كان من غير السيد ، وكذلك إن قال بعد البيع أنا أرضى بحمل إن كان بها ولم يكن البائع يطأ .

ابن يونس : ولعله ترخص في هذا للشيخ ؛ لأنه يملك نفسه كما أرخص له النبي ﷺ في القبلة في الصوم ، وأما الشاب فلا .

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٢٧٩) .

التَّدَاخُلُ: وَإِذَا طَرَأَ مُوجِبٌ قَبْلَ تَمَامِ عِدَّةٍ أَوِ اسْتِبْرَاءٍ فَإِنْ كَانَ الرَّجُلُ مُتَّحِداً بِفِعْلٍ سَائِغٍ انْهَدَمَتِ الأُولَى وَاسْتَأْنَفَتْ مَا هِيَ مِنْ أَهْلِهِ مِنْ أَقْرَاءٍ أَوْ شُهُورٍ أَوْ حَمْلٍ كَالْمُرْتَجِعِ ثُمَّ يُطَلِّقُ أَوْ يَمُوتُ ـ مَسَّ أَوْ لَمْ يَمَسَّ ـ إِلا أَنْ يُفْهَمَ ضَرَرٌ بِالتَّطْوِيلِ فَتَبْنِي الْمُطَلَّقَةُ مَا لَمْ تُمَسَّ كَمَا تَبْنِي إِذَا لَمْ تُرْتَجَعْ مُطْلَقًا...

يعني: إذا كانت في عدة أو استبراء ثم تجدد قبل تمام ما هي فيه موجب آخر، فإما أن يكون الموجبان من رجل واحد أو رجلين، وإذا كانا من رجل فإما أن يكونا بفعل سائغ ـ أي: جائز ـ أم لا.

وذكر المصنف أنه إذا كان الرجل واحداً بفعل سائغ فإن العدة الأولى تنهدم وتستغني بالثانية عنها، سواء كانت الثانية من نوع الأولى أو من نوع آخر، وهو مراده بقوله: (**مِنْ أَقْرَاءٍ أَوْ شُهُورٍ أَوْ حَمْلٍ**)، ومثل ذلك بالمرتجع ثم يطلق، يعني: إذا طلق زوجته طلاقاً رجعياً ثم ارتجعها ثم طلقها أو مات عنها قبل انقضاء العدة، ولا فرق في ذلك بين أن يمسها بعد ارتجاعه أم لا، ففي «الموطأ»: والسنة عندنا أن الرجل إذا طلق امرأته وله عليها رجعة فارتجعها ثم فارقها قبل أن يمسها فلا تبني على ما مضى من عدتها، وإنما تستأنف من يوم طلقها عدة مستأنفة، وقد ظلم زوجها نفسه وأخطأ إن كان ارتجعها ولا حاجة له بها، يعني لأن الرجعة تهدم العدة فإن الزوجية تنافي العدة.

وقوله: (**إِلا أَنْ يُفْهَمَ ضَرَرٌ بِالتَّطْوِيلِ**) هذا الكلام لابن القصار، وقيد به الطلاق مالك المتقدم، وهو ظاهر؛ لأنه إذا قصد بهذا الارتجاع التطويل عليها في العدة فيعاقب بنقيض مقصوده، وتبني على العدة الأولى بشرط ألا يكون مسها في الارتجاع.

وقوله: (**كَمَا تَبْنِي إِذَا لَمْ تُرْتَجَعْ مُطْلَقًا**) يعني: إذا طلق زوجته طلاقاً رجعيا ثم أتبعها في العدة طلقة أخرى فإنها تبني على العدة من الطلقة الأولى مطلقاً، سواء تخلل الطلاقين حيض أم لا، وهو أحد قولي الشافعي، فنبه المصنف بالإطلاق على مخالفته في أحد قوليه.

وفي بعض النسخ: (إذا لم ترتجع مطلقاً) وهي واضحة.

وَكَالْمُتَزَوِّجِ زَوْجَتَهُ الْبَائِنَ ثُمَّ يُطَلِّقُ بَعْدَ الْبِنَاءِ أَوْ يَمُوتُ عَنْهَا قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ فَإِنَّهَا تَسْتَأْنِفُ، وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمَةَ: إِنْ مَاتَ قَبْلَهُ فَأَقْصَى الأَجَلَيْنِ وَضُعِّفَ، أَمَّا لَوْ طَلَّقَ قَبْلَ

الْبِناءِ لَمْ تَنْهَدِمْ...

هذا معطوف عـلى قوله : (كَالْمُـرْتَجِعِ) يعني إذا طلق زوجته طلاقـاً بائناً ثم تزوجها وطلقهـا أو مات عنها فإنهـا تستأنف ، ولا فرق في الموت بين أن يموت عنهـا قبل البناء أو بعده ، بخـلاف الطلاق فإنه إن طلقهـا بعد البناء استـأنفت ؛ لأن وطأه هادم للعدة، وإن طلقها قبل البناء بانت ؛ لأن المطلقة طلاقاً بائناً في حكم الأجنبية .

وإلى مساواة حالها في الموت أشار بقوله : (**أَوْ يَمُوتُ عَنْهَا قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ**) وإلى الفرق في الطلاق أشار بقوله (ثم يطلقها بعد البناء)، ثم صـرح بما أفهمه الكلام آخراً فقال : أما لو طلق قبل البناء لم تنهدم، وروى محمد : إن مات قبله فأقصى الأجلين ؛ أي : وعليها الإحداد فـي الأربعة أشـهر وعـشر، هكذا قـال في الرواية، والمراد بالأجلين الثلاثـة قروء والأربعة أشهـر وعشر ، ومعنى أقـصى الأجلين ؛ أي أبعدهما ، فإن انـتهت الأقراء أولاً انتظرت الأشهر ، وإن انقضت الأشهر انتظرت تمام الأقراء .

تنبيه :

وقع في نسخ عديدة : (وروى محمد بن مسلمة)، وكذلك هو في نسخة ابن راشد .

وفي نسخة ابن عبد السلام : (**وَرَوَى مُحَـمَّدٌ**) فقط وفسره بابن المواز، وكذلك هو في ابن يونس فليعتمده عليـه هنا ، على أنه لا يلزم من أن ابن المواز رواه ألا يكون محمد ابن مسلمة رواه .

واعترض أبو عمـران ما رواه محمد فقال : إما أن يجـعلها تمضي على عدة الطلاق ، أو يجعل النكاح قـد هدم عدة الخلع فتـعتد عـدة الوفاة فقط، قـال : ويلزمه على هذا أن الحامل إذا خـالعها زوجـها ثم تزوجهـا وتوفي عنها قبـل الدخول أن يوجب عليهـا أقصى الأجلين، وأجاب ابن يونس بما حاصله: أن عدة الخلع لما خالفت عدة الوفاة في الجنس لزم ألا تدخل إحـداهما في الأخـرى ، بخـلاف الحامل فـإن عدتـها في الخلع والوفـاة وضع حملها، فلم يكن اعتبار أقصى الأجلين .

وَمَا سِوَاهُ فَأَقْـصَى الأَجَلَيْنِ كَالْمُعْتَدَّةِ الْبَائِنِ يَطَأَهَا الْمُطَلِّقُ أَوْ غَيْـرُهُ وَطْئًا فَاسِدًا بِزِنًى أَوِ اشْتِبَاهٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ...

حقـيقة أقـصى الأجلين إذا كان كل من الأجلين يمكن أن يكون أبعد كـالأقصى فيـما

تقدم، ويطلق مجازاً على معنى آخر وهو المذكور هنا ، ومعناه: أن المرأة إذا طلقت طلاقاً بائناً ثم وطئها مطلقها أو غيره وطئا فاسداً إما بزنى أو اشتباه ، أو تزوجها المطلق أو غيره تزويجًا فاسداً .

والفساد في حق غير المطلق ظاهر؛ لأنه نكاح في عدة الغير ، وأما المطلق فلا يكون بسبب العدة وإنما يفسد لغير ذلك من وجوه الفساد .

ومعنى أقصى الأجلين: أنه يبتدئ من حين الوطء الثاني ثلاث حيض .

وقوله : (**كَالْمُعْتَدَّةِ الْبَائِنِ يَطَأُهَا الْمُطَلِّقُ**) يريد: وكذلك الرجعية إذا وطئها بغير نية ارتجاع على المشهور فإنها تستبرئ بثلاث حيض ، وكأن المصنف إنما خص المعتدة البائن للاتفاق عليها .

وَكَالْمُعْتَدَّةِ فِي وَفَاة أَوْ طَلَاق تَتَزَوَّجُ ويُدْخَلُ بِهَا . وَقَالَ ابْنُ الْجَلَابِ : تُتِمُّ ثُمَّ تَسْتَأْنِفُ عِدَّةً أُخْرَى، وهُوَ فِي الْمُوَطَّأِ عَنْ عُمَرَ .

يعني : وممن هي مخاطبة بأقصى الأجلين على المشهور المعتدة ، سواء كانت معتدة من طلاق أو وفاة إذا تزوجت ودخل بها في العدة وفسخ النكاح ، وأقصى الأجلين في حق المطلقة مجاز كما ذكرنا بخلافه في المتوفى عنها .

وقوله : (**وَقَالَ ابْنُ الْجَلَابِ**) أحسن منه : وفي «الجلاب»[1] ؛ لأن ابن الجلاب لم يقله وإنما نقل في المسألتين روايتين: إحداهما ما شهره المصنف ، والثانية أنها تتم بقية العدة الأولى ثم تعتد بعد ذلك للزوج الثاني عدة أخرى .

ثم كلامه يوهم أن ابن الجلاب ذكر ذلك في مسألة الموت والطلاق ، وإنما ذكره في مسألة الطلاق .

وَكَالْمُسْتَبْرَأَةِ مِنْ وَطْءٍ فَاسِدٍ يُطَلِّقُهَا الزَّوْجُ أَوْ يَمُوتُ .

يعني : وكذلك يجب أقصى الأجلين على من وجب استبراؤها من الزوجات لأجل وطء فاسد بزنى أو اشتباه، ثم طلقها الزوج أو مات عنها .

وَوَضْعُ الْحَمْلِ اللاحِقِ بِالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ يَهْدِمُ غَيْرَهُ .

---

(١) «التفريع» (٢/ ١١٦) .

مثاله : إذا تزوجت المعتدة لغير مطلقها أو غصبت أو زنت أو وطئت باشتباه ثم أتت بولد وألحق بالأول ، وهو معنى قوله : (**بِالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ**) فإن ذلك الوضع (**يَهْدِمُ غَيْرَهُ**) أي : الاستبراء من الوطء الثاني ؛ لأنه إنما كان خشية الحمل وهو مأمون هنا ، ولا خلاف في هذا ؛ قاله عياض وغيره .

وَوَضْعُهُ مِنَ الْفَاسِد يَهْدِمُ أَثَرَ الْفَاسِد ، ولا يَهْدِمُ فِي الْمُعْتَدَّة لِلْوَفَاة اتِّفَاقًا ؛ فَعَلَيْهَا أَقْصَى الأَجَلَيْنِ ، وفِي الْمُـعْتَدَّة لِلطَّلاقِ قَـوْلانِ ، وَعَلَى أَلَا يَهْدِمَ فَـقِيلَ : أَقْصَى الأَجَـلَيْنِ ، وَقِيلَ : تَأْتَنِفُ بَعْدَهُ عِدَّةً...

يعـني : وإن ألحق بالنكاح في العدة فإن كان وطئها بعد حيضة فإن ذلك الوضع يبرئها من الاستبراء ، وهو معنى قوله : (**أَثَرَ الْفَاسِد**) ثم هل يهدم هذا الوضع أثر العدة ؟

لا يخلو إمـا أن تكون العـدة الأولى من وفـاة أو طلاق، فإن كـانت من وفـاة فقـال المصنف وغيره: لا يهدمها هذا الوضع بالاتفاق.

وحكى بعضـهم فيها خلافـا كالمعتدة من الطلاق. وهذه الطريقـة الأولى؛ لأن المثبت أولى ممن حكى الخلاف .

أبو مـحـمـد : عن أشهب فـإنه حكى عنه في المنعي لها زوجهـا أن الوضع من الآخر يبرئها منهما ، قال : وهو خلاف قولهم كلهم.

فإن قلت : كيف يصح قوله : (**ولا يَهْدِمُ فِي الْعدة لِلْوَفَاة**) ولا يمكن أن يكون أقصى الأجلين إلا الحمل ، فـإن الفرض أن الحمل محكوم له بـأنه من الثاني ، ولا يحكم به أنه من الثاني إلا بعد كونه آتياً بعد ستة أشهر ، وعلى هذا فيكون الحمل هو أقصى الأجلين ، ويصح قوله أن : (**وَضْعُهُ مِنَ الْفَاسِد ...لا يَهْدِمُ فِي الْمُعْتَدَّة لِلْوَفَاة**) .

فالجواب: أنه يتصور في المنعي لها زوجها إذا اعتدت وتزوجت وحملت من الثاني ثم ثبت أنه لم يمت أولاً وإنمـا مات الآن ، وفـسخ نـكاح الثـاني لأنه نكح ذات زوج ، فـإن وضعت قبل تمام أربعة أشهر وعشر من يوم موت الزوج الأول لم تحل حتى تنقضي الأربعة أشهـر وعشر ، وإن انقضت الأربـعة أشهر وعـشر قبل وضع الحـمل بأن تبين موت الأول وهي في أول الحمل لم تحل حتى تضع حملها ، والله أعلم .

وقوله : (**وفِي الْمُعْتَـدَّة مِنَ الطَّلاقِ قَوْلانِ**) يعني : وهل يهدم الحمل اللاحق بالنكاح الفاسد عدة الطلاق ؟ قولان .

والقـول بالهدم مـذهب «المدونة» [١] عند غير واحـد من الشيوخ ؛ لأن فيـها : وأما الحامل فالوضع يبرئها من الزوجين جميعا؛ فظاهره: وإن كان من الآخر .

وصرح بعضهم بذلك في اختصاره «للمـدونة» وهو قول ابن القاسم في «مختصر ابن أبي زيد» ، ورواية أشهب في «الموازية» وضعفه محمد .

والقول بأنه لا يبـرئها ولا بد لهـا من ثلاث حيض لأصبغ ، والأول أظهـر لأن العدة شرعت لبراءة الرحم، ومع الوضع تتـحقق البراءة، ورأى أصبغ أن عدة الطلاق أيضـاً فيها ضرب من التعبد، ولولا ذلك لاقتصر على قرء واحد، وعلى الأول إنما تبرأ بالحمل إذا كان بشبـهة، وأما إذا كـان بزنى صراح فإنه لا يبـرئها ذلك من عـدة وجبت عليهـا، وقاله ابن القاسم، لكن اعترضه أبو إسحاق وقال: لا ينبغي أن يفرق في ذلك إذ القصد براءة الرحم.

وقـوله : (وَعَلَى أَلا يَهْـدِمَ...إلخ) يعني : وإذا فرعنا على القول بعدم الهـدم فعليها أقصى الأجلين ، أي لا تكتـفي بالحمل وتنتظر بقيـة الأقراء، وهذا من المواضع التي أطلق فيـها المصنف الأقـصى بالمجاز ، وهذا القـول هو المعروف ، والقـول بأنها تسـتأنف ثلاث حيض نقله صاحب «النوادر»[٢] ، لكن قال عبد الحق [٣]: لا يصح ما نقله أنها تستأنف ثلاث حيض ، ولفظه في الأمهات : لم يكن لها بد من بقية الثلاث .

ابن يـونس : وهذه العبارة هي الصواب لأن الحمل لا يكون من الآخر إلا أن يتزوجها بعد حيضة وتضعه بعد ستة أشهر فأكثر ، فقد مضت لها حيضة فتتم بقية الثلاث حيض .

وفي «التنبيهات» ما وقع من نقل بعضهـم: أنها تستأنف ثلاث حيض بعد الوضع فإنما معناه أنها لم تحض قبلُ . قيل : ولا يقول أحد أن الوضع يهدم ما مضى من عدتها ، فإن قلت هذا ليس بظاهر لأنه إنما يلحق بالثاني بعد الحيضة، قيل : يحتمل أن يكون ذلك قبلها ويكون الأول نفاه ، فإنه حينئذ يلحق بالثاني كما قال المصنف في المسألة التي تليها .

ابن عبـد السلام : القول باستئناف الثلاث ذكره محمد واختاره ، وظاهره: أن النفاس في هذه الصورة لا يقـوم مقام حـيضة ، وقال بعـضهم: بل يقوم مـقامهـا ، وهو الأظهر عندي. انتهى .

---

(١) « تهذيب المدونة» (١/ ٤٣٠) .

(٢) «النوادر والزيادات» (٢/ ٤٢٣).

(٣) «النكت والفروق» (١/ ٢٥٧) .

وَمَهمَا أَتَتْ غيرُ المَزْنيِّ بها بولَد يَحتَملُهُما ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ حَيْضَة لَحق بالثَّاني إلا أَنْ يَنْفيهُ باللِّعَان فَيَلْحقُ بالأَوَّل ، وَلا تُلاعِنُ هِيَ لأَنَّهُ نفاهُ إِلَى فِرَاشٍ ، فَإِنْ نَفَّاهُ تَلاعَنَا ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ حَيْضَةٍ فَالأَمْرُ بِالعَكْسِ...

جرت عادة غير المصنف بفرض هذه المسألة في النكاح في العدة ، وأتى المصنف بعبارة شاملة لها ولغيرها ، فإن قوله : (**غَيْرُ الْمَزْنِيِّ بِهَا**) يدخل فيه النكاح في العدة والموطوءة باشتباه ، ولا يقال : يدخل في كلامه الأمة المشتركة إذا وطئها الشريكان كما أشار إليه ابن عبد السلام ؛ لأن قوله بعد : (**هَذَا حُكْمُ النِّكَاحِ**) يردّه، وأخرج بقوله : (**غَيْرُ الْمَزْنِيِّ بِهَا**) الزانية والمغتصبة ، ومعناه : إذا تزوجت المعتدة ثم أتت بولد لما يحتمل أن يكون لكل واحد من الواطئين بأن تأتي به لستة أشهر فأكثر من وطء الثاني، فإن كان وطء الثاني لها بعد حيضة لحق الولد بالثاني ؛ لأن الحيضة تدل على براءة رحمها من الأول ، وهذا مذهب «المدونة» وهو المشهور .

وروى المدنيون عن مالك : يلحق بالأول ولو وطئها الثاني بعد حيضة أو حيضتين لصحة ماء الأول وفساد وطء الثاني .

وقوله : (**إِلا أَنْ يَنْفيَهُ بِاللِّعَانِ فَيَلْحَقُ بِالأَوَّلِ**) تصوره ظاهر ولا تلاعن هي؛ لأنه لم يرمها بزنى ، وإنما نفاه إلى فراش ، فإن نفاه الأول أيضاً التعنت حينئذ ؛ لأنه لم يبق من يلحق به هذا الولد، وهذا معنى قوله: (**فَإِنْ نَفَاهُ تَلاعَنَا**) .

قوله : (**وَإِنْ كَانَ قَبْلَ حَيْضَةٍ فَالأَمْرُ بِالْعَكْسِ**) أي: فيلحق بالأول إلا أن ينفيه بلعان فينتفي عنه ويلحق بالثاني ، ولا تلاعن هي إلا أن ينفيه الثاني أيضاً فحينئذ تلاعن . وعلى ما رواه المدنيون إذا نفاه الأول تلاعن لأنه لا يلحق بالثاني ، وإذا ألحق بالأول فإنها تحرم على الثاني لكونه وطئها في العدة، قاله في «المدونة»[1] .

تنبيهان :

الأول : قد تقدم أن قول (**غَيْرُ الْمَزْنِيِّ بِهَا**) يشمل المعتدة والموطوءة باشتباه ، ولم أرَ هذا الحكم في المشتبهة .

الثاني : احترز المصنف بقوله : (**يَحْتَمِلُهُمَا**) مما لو أتت به لأقل من ستة أشهر من

---

(١) «المدونة» (٦/ ١١٣) .

وطء الثاني ، فإنه لا يلحق بالثاني أصلاً ويلحق بالأول إلا أن ينفيه بلعان .

ابن القاسم : وفي معنى الستة ما إذا كان الشهر السادس تسعةً وعشرين ولا يلحق في أنقص من ذلك .

وقال ابن دينار : يلحق به وإن نقص ليلتين أو ثلاثاً قدر ما بين الأهلة .

عياض : وقد وقعت قديماً لفاس مسألة في امرأة جاءت بولد لخمسة أشهر وأربعة وعشرين يوماً هل يلحق به أم لا ؟ واختلف فيها فقهاء بلدنا أيضاً ، والصواب: ألا يلحق به؛ إذ لا يصح توالي ستة أشهر نُقص ، وبه أفتى أحمد ابن القاضي ومحمد بن العجوز وغيرهما ، وخالفهما أبو علي السبتي .

ثُمَّ مَنِ اسْتَلْحَقَهُ لَحِقَ بِهِ، وَيُحَدُّ إِنْ كَانَ الْمُسْتَلْحِقُ الْمُلاعِنَ الثَّانِيَ، وَقِيلَ : الْمُسْتَلْحِقُ مِنْهُمَا يُحَدُّ...

لا خفاء فيما ذكره أن من استلحقه منهما يلحق به كما في سائر مسائل اللعان .

ابن المواز : فإذا استلحقه أحدهما فلا دعوى للثاني فيه ، ولو ادَّعاه الأول قبل لعان الثاني لم يقبل منه؛ لأنه ابن الثاني، ولو استلحقه كلاهما بعد التعانهما كان الأول أحق به وتحرم على الثاني للأبد ، سواء التعن أم لا ؛ لأنه ناكح في عدة .

سحنون : ولا تحرم على الأول ـ وإن التعن ـ لأنه لم تلاعنه كالتي تغتصب فينفي الزوج حملها، أنه يلاعن ولا تحرم عليه، وقال أصبغ: إن تلاعنا جميعا حرمت على الأول والثاني، وقال عبد الحميد ، وابن عبد السلام : إذا استلحقاه فإنه يكون لمن يقتضي الحكم إلحاقه به لو لم يكن لعانٌ ، فإن كان بعد حيضة لحق بالثاني ، وإن كان قبلها فبالأول .

ابن عبد السلام : هكذا نصوا، وينبغي أن يحمل على ما إذا استلحقاه في زمان واحد، وأما إن تقدم أحدهما فيلحق بالمستلحق الأول ، فانظره مع كلام ابن المواز .

وقوله : (**وَيُحَدُّ...إلخ**) يعني : ويحد المستلحق إن كان هو الملاعن الثاني؛ لأنه هو الذي نفاه إلى غير فراش ، وأما إن استلحقه الملاعن الأول فإنه لا حد عليه؛ لأنه إنما نفاه لفراش، وهذا قول محمد .

وقوله : وقيل : (**الْمُسْتَلْحِقُ مِنْهُمَا يُحَدُّ**) أي : سواء كان الأول أو الثاني، وهو قول

أصبغ واستصوبه التونسي ، قال : لأن لعانهما لهما .

هَذَا حُكْمُ النِّكَاحِ ، وَأَمَّا الْقَافَةُ فَفِي الأَمَةِ يَطَأُهَا السَّيِّدَانِ فِي طُهْرٍ .

يعني : أن الحكم الذي ذكره خاص بالنكاح ، وليس في الحرائر قافة وإنما القافة في الإماء ، وهذا هو المشهور، وروى عن مالك أنه يعمل به في الحرائر أيضاً ، واختاره اللخمي وغيره . والقافة جمع قائف .

أبو عمران : وإنما اختصت القافة بالإماء على المشهور لأن الأمة قد تكون بين جماعة فيطؤونها في طهر واحد ، فقد تساووا في الملك والوطء . وكذلك ما حكم به عمر رضي الله عنه في وطء الزنا في الجاهلية لتساوي الوطء ، وليس أحدهما أقوى من الآخر .

وكذلك الأمة إذا ابتاعها رجل وقد وطئها البائع ووطئها المبتاع في ذلك الطهر ؛ لأنهما استويا في ذلك الملك ، وأما الحرة فإنها لا تكون زوجاً لرجلين في حالة واحدة ، فلا يصح فيها فراشان متساويان، وأيضاً ولد الحرة لا ينتفي إلا بلعان، وولد الأمة ينتفي بغيره.

والنفي بالقافة إنما هو ضرب من الاجتهاد ، فلا ينقل ولد الحرة من اليقين إلى الاجتهاد، ثم من ألحقته القافة لحق به ، فإن قالت: هو منهما، فمذهب ابن القاسم وروايته عن مالك أن الاشتراك في الماء لا يصح، ويصير إلى أن يبلغ فيوالي من شاء منهما.

وسيأتي من كلام المصنف آخر أمهات الأولاد في هذه المسألة أربعة أقوال .

فرع :

فإن قالت القافة : ليس هو لواحد منهما، قال أصبغ : تغير عليه القافة ، فإن استوى كلامهم وهما مقران بالوطء وإلا أيهما شاء، وقال سحنون : يُدعى له آخرون ثم آخرون ، هكذا أبداً حتى يلحقه بعضهم بأحدهما ؛ لأن القافة إنما دعيت لتلحق لا لتنفي .

وهل يُجتزأ بقائف واحد ، وهو الذي رواه ابن حبيب عن مالك ، وشرط في الرواية أن يكون عدلا ، أو لا يجتزأ إلا باثنين ، وهو الذي رواه ابن نافع عن مالك بناء على إلحاقه بباب الخبر أو بباب الشهادة ؟

بعض الشيوخ : والقياس أن يحكم بقائف واحد وإن لم يكن عدلاً ؛ لأنه علم يؤديه وليس من طريق الشهادة ، كما يقبل قول النصراني الطبيب فيما يحتاج إلى معرفته من ناحية الطب .

زاد التونسي : وكذلك اختلف في الترجمان والناظر في العيوب هل يُجتزأ بواحد أو لا بد من اثنين ؟

وَالْمُشْتَرَاةُ فِي الْعِدَّةِ عَلَيْهَا أَقْصَى الأَجَلَيْنِ مِنْ حِينِ الشِّرَاءِ .

يعني : سواء كانت معتدة من وفاة أو طلاق ، أما المعتدة في الوفاة ففي «المدونة»[1] : إن حاضت قبل شهرين وخمس ليال لم يطأها حتى تنقضي عدتها ، وإن تمت عدتها ولم تحض فإن رفعتها حتى مضت ثلاثة أشهر وحست من نفسها انتظرت تمام تسعة أشهر من يوم الشراء ، وأما المطلقة فأشار إليها بقوله :

فَلِذَلِكَ لَوْ كَانَتْ مُطَلَّقَةً فَتَأَخَّرَ حَيْضُهَا اعْتَبَرَتْ ثَلاثَةَ أَشْهُرٍ مِنْ حِينِ شِرَائِهَا ، وَإِنْ زَادَتْ عَلَى سَنَةِ الْعِدَّةِ...

لأنها إذا طلقت وهي مرتابة بتأخير الحيض فعدتها سنة كما تقدم واستبراؤها بثلاثة أشهر كما تقدم فتنتظر أقصى الأجلين ، فإن بيعت وقد بقي من العام ثلاثة أشهر فقد دخل الاستبراء في العدة ، وإن بيعت وقد بقي من السنة يوم دخل يوم من الاستبراء في العدة .

خليل : ولو قيل : يكتفي بالسنة على الاستبراء لكان قولاً حسناً ؛ لأن الاستبراء معقول المعنى ، وقد حصلت براءة الرحم بالسنة ، والله أعلم .

وَمَنْ أَعْتَقَ لَمْ يَسْتَبْرِئْ لِنِكَاحِهِ عَنْ وَطْئِهِ .

يعني : إذا كانت له أمة يطأها ثم أعتقها وأراد أن يتزوجها لم يستبرئ لنكاحه ؛ لأن وطأه أولاً صحيح ، والاستبراء إنما يكرن عن الوطء الفاسد، وسمعت ممن أثق به أن في المسألة قولاً آخر بالاستبراء ، ولم أره الآن وهو أظهر ، ليفرق بين ولده من وطء الملك فإنه ينتفي بمجرد دعواه من غير يمين على المشهور ، وبين ولده من وطء النكاح فإنه لا ينتفي إلا بلعانه .

وَمَنِ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ قَبْلَ الْبِنَاءِ أَوْ بَعْدَهُ لَمْ يَسْتَبْرِئْهَا لِحِلِّ وَطْءِ الْمِلْكِ .

يعني : أن الإنسان إذا كان متزوجاً لأمة ثم اشتراها فليس عليه استبراء ؛ لأنه إن لم يدخل بها فواضح إذا لا وطء منه ولا من غيره حتى يجب الاستبراء منه ، وإن دخل

(١) «المدونة» (٥/ ٤٢٥) .

فوطؤه صحيح والماء ماؤه ، وهو ماء صحيح في وطء صحيح .

عياض : وقال ابن كنانة : في غير المدخول بها يستبرئها، وانظر ما حكاه القاضي عن ابن كنانة هل معناه وإن كانت بعد البناء لم يحتج إلى استبراء أو إنما تحتاج إليه بعده من باب الأولى ، ويكون نبه بالأخف على الأشد وهو الظاهر ، وذكر أن الولد إذا أحدث بعد الملك كانت به أم ولد باتفاق .

واختلف إذا حملت به في النكاح وولدته بعد الشراء هل تكون به أم ولد أو لا ؟ فتحتاج إلى الاستبراء ليحصل العلم هل هي أم ولد أو لا؟

فَلَوْ بَاعَ الْمَدْخُولَ بِهَا أَوْ أَعْتَقَهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا أَوْ عَجزَ الْمُكَاتَبُ قَبْلَ وَطْءِ الْمِلْكِ لَمْ تَحِلَّ لِلسَيدِ وَلا لِلزَّوْجِ إِلا بِقُرْءَيْنِ عِدَّةِ فسخ النِّكَاحِ ، وَكَانَ يَقُولُ : حَيْضَةٌ . ثُمَّ رَجَعَ...

يعني : فلو باع هذا الزوج الذي اشترى زوجته وكان قد دخل بها أو أعتقها أو مات عنها قبل أن يطأها بالملك ، أو كان هذا الزوج مكاتباً اشترى زوجته فعجز فرجعت إلى سيده قبل أن يطأها المكاتب لم تحل واحدة منهن لزوج إن تزوجت أو لسيد إن حصلت إلا بعد قرءين عدة فسخ النكاح ، وكان مالك يقول في كل من اشترى زوجته من حر أو عبد ثم باعها أو أعتقها أنه يستبرئها بحيضة ثم رجع عنه إلى حيضتين، ذكر ذلك في «المختصر الكبير» ، وكتاب ابن المواز .

وبالمرجوع إليه أخذ ابن القاسم ، ولكنه في «المدونة» إنما ذكر مسألة المكاتب ، قيل : وسبب الخلاف: هل هي من ملك ولم يفعل كمن فعل ، وذلك أن المكاتب ونحوه قد ملك أن يطأ فهل يعد كأنه وطئ أم لا ؟

عياض: وقيل: سببُ الخلافِ: الخلافُ في المطلوب في الفسوخ هل هو استبراء أو عدة ؟

أبو الحسن وغيره: وإذا بنينا على القول المرجوع إليه فالحيضة الأولى هي التي للمواضعة ويبرأ بها المبتاع، والثانية إنما هي لتتميم عدة فسخ النكاح وضمانها حينئذ من المشتري، وكتب ابن عتاب: أن المواضعة في الحيضتين معا، وهو ظاهر كلام ابن أبي زمنين.

ونص ما في «كتاب ابن عبدوس» : وذلك أنه إن ظهر بها حمل فيهما صارت أم ولد

للبائع ، وقول المصنف: «عدة» مجرور إما بدل أو عطف بيان من قرءين .

وَبَعْدَهُ بِحَيْضَةٍ لأَنَّ وَطْأَهُ فَسْخٌ لِلْعِدَّةِ .

الضمير المجرور ببعده عائد على الوطء ، يعني : وإن باع المدخول بها أو مات عنها أو أعتقها بعد أن وطئها اكتفت بحيضة ؛ لأن وطأه هادم لعدة فسخ النكاح، ولما كان المطلوب في الفرع الأول على القول المرجوع إليه إنما هو عدة ، قال المصنف: بقرءين ؛ لأن الأقراء هن الأطهار بخلاف المطلوب هنا فإنه استبراء محض، فلذلك قال : بحيضة، ولم يقل: بقرء ؛ لأنه تقدم أن المطلوب به في الاستبراء حيضة على المشهور .

إلا أَنْ يَحْصُلَ قَبْلَ ذَلِكَ حَيْضَةٌ أَوْ حَيْضَتَانِ فَتَحِلُّ بِحَيْضَةٍ .

الاستثناء راجع إلى صدر المسألة ـ أعني: محل القرءين ـ والإشارة بذلك عائدة على البيع والعتق والموت ، وعجز المكاتب المفهومة من قوله : (فلو باع المدخول بها أو أعتقها أو مات عنها أو عجز المكاتب) يعني: إلا أن تحصل قبل انتقال الملك بأحد تلك الوجوه حيضة أو حيضتان فتحل بحيضة ؛ لأنه إن حصل قبل ذلك حيضة كانت هذه الحيضة التي تحل بها مكملة للعدة ونائبة عن الاستبراء ، وإن كان الحاصل قبل ذلك حيضتان كانت هذه الحيضة استبراءً فقط .

وَمَتَى الْتَبَسَ الأَمْرُ فَالأَحْوَطُ كَالْمَرْأَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا بنكَاحٍ فَاسد أَوْ إِحْدَاهُمَا مُطَلَّقَةٌ ، ثُمَّ مَاتَ الزَّوْجُ وَلَمْ تَتَبَيَّنْ فِيهِمَا فَعِدَّتُهُمَا أَقْصَى الأَجَلَيْنِ فَإِنْ تَبَيَّنَتْ فَكَالْمُطَلَّقَةِ...

الكلام المتقدم في التداخل هو باعتبار موجبين ، والكلام الآن إذا كان الموجب واحداً ولكنه التبس بغيره ، ثم التباسه إما أن يكون من جهة محل الحكم وإما من جهة سببه ، ومثل المصنف للأولين بمثالين أشار إلى الأول بقوله : (**كَالْمَرْأَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا بِنكَاحٍ فَاسِد**) وإلى الثاني بقوله : (**أَوْ إِحْدَاهُمَا مُطَلَّقَةٌ**) يعني : إذا كانت له امرأتان إحداهما بنكاح فاسد كما لو تزوج أختين من الرضاع ولم تدر السابقة منهما ، ثم مات الزوج فتعتد كل واحدة منهما بأربعة أشهر وعشر وبثلاثة قروء ؛ لأن الحكم فيهما لو علمت السابقة أن تعتد بأربعة أشهر وعشر ، وتعتد الأخرى بثلاثة قروء ، لكن لا يعلم ذلك طلب في كل واحدة مجموع الأمرين إذ لا تتحقق حليتهما للأزواج إلا بذلك ، والتعليل في المسألة الثانية كالأولى .

وقوله : (**ثُمَّ مَاتَ الزَّوْجُ**) هو عائد للمسألتين معا.

وقوله : (**ولَمْ تَتَبَيَّنْ**) أي : المنكوحة نكاحاً فاسداً أو المطلقة فيهما ، أي في المسألتين.

وقوله : (**فَعدَّتُهُمَا أَقْصَى الأَجَلَيْنِ**) واضح .

وقوله : (**فَإِنْ تَبَيَّنَتْ**) أي: المنكوحة نكاحاً فاسداً (**فَكَالْمُطَلَّقَة**) أي : فإن مات عنها قبل البناء فلا شيء عليها ، وإن مات بعده تربصت ثلاثة قروء ، ثم أخذ يتكلم على الالتباس من جهة سبب الحكم ، فقال :

وَكَالْمُسْتَوْلَدَة الْمُتَزَوِّجَة يَمُوتُ السَّيِّدُ والزَّوْجُ ولَمْ يُعْلَمْ السَّابقُ مِنْهُمَا ، فَإِن احْتَمَلَ مَا بَيْنَهُمَا عدَّةَ الأَمَة فَأَرْبعَةُ أَشْهُرٍ وعَشْرٌ منْ مَوْت الثَّاني ، وَحَيْضَةٌ فيهَا أَوْ إلَى تمَام تسْعَة أَشْهُرٍ وَهذَا عَلَى أَنَّ اسْتبْراءَ الْمُسْتَوْلَدَة بذَلكَ لا عَلَى أَنَّهُ ثَلاثَةٌ أَوْ ستَّةٌ وإنْ لَمْ يَحْتَملْ فَأَرْبعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ منْ مَوْت الثَّاني ، وَحُكْمُ الْحَيْضَة مَا في عدَّة الْحُرَّة للْوَفَاة ، وَلا بُدَّ ممَّا تَحلُّ به الأَمَةُ الْمُعْتَدَّةُ منَ الْوفَاة منْ مَوْت الأَوَّل...

يعني : إذا زوج الرجل أم ولد ثم غاب عنها سيدها وزوجها وماتا ، وعلم أن أحدهما مات قبل الآخر لكن لم يعلم السابق منهما ، فلذلك صورتان :

الأولى : أن يكون بين موتهما أكثر من شهرين وخمس ليال ، وهو معنى قوله : (**فَإِن احْتَمَلَ مَا بَيْنَهُمَا عدَّةَ الأَمَة**) . وانتهى كلامه على هذه الصورة عند قوله : (**ثَلاثَةٌ أَوْ ستَّةٌ**).

والصورة الثانية : ألا يكون بين موتهما شهران وخمس ليال ، وهو معنى قوله : (**وإنْ لَمْ يَحْتَملْ ...إلخ**)، وإنما طلبت في الأولى بأربعة أشهر وعشر وحيضة ؛ لأنه على تقدير احتمال موت السيد أولاً لا يلزمها بسببه شيء لأنه مات عنها وهي في عصمة زوج ولم تحل لسيدها ، لكن يجب عليها أربعة أشهر وعشر ؛ لأن زوجها مات عنها وهي حرة ، وعلى احتمال موت الزوج أولاً تجب عليها العدة منه بشهرين وخمس ليال ؛ لأنه مات عنها قبل سيدها لكن يجب عليها الاستبراء بحيضة ؛ لأنها قد حلت للسيد إذ الفرض أن بين موتهما مقدار العدة ، فلأجل ذلك لا تحل إلا بمجموع الأمرين أربعة أشهر وعشر وحيضة ، فإن أتتها الحيضة في أربعة أشهر وعشر وإلا انتظرتها إلى تسعة أشهر ، فإن لم تأتها ولم تحس بريبة حلت ، وهذا معنى قوله : (**وَحَيْضَةٌ فِيهَا أَوْ إِلَى تَمَام تِسْعَة أَشْهُرٍ**) .

واختلف الشـيوخ في الشهـرين وخمس ليال ، هل لها حـكم أكثر منها ؟ وبه فـسر «المدونـة» ابن يـونس[1]، أو الأقل وإليه ذهـب ابن شبلون؛ لأنه لم يمض وقت تحل فـيه للسيد، ولو جهل مقدار ما بينهما هل أقل أو أكثر لكانت كما لو تحقق أنه أكثر ولزم الأخذ بالأحوط . قاله بعض الشيوخ .

قوله : **(وَهَـذَا)** أي : ما قلنا من الرفع إلى تسعة أشهر إنما هو أن تُستبرأ أم الولد إذا توفي عنها سيدها وارتابت بتأخير الحيض تسعة أشهر لا على القول بأنها ترفع ثلاثة أشهر، فإنها على هذا القول تكتفي بأربعة أشهر وعـشر لدخول الثلاثة فيها ولا على أنها ترفع إلى ستة أشهر فإنها تستغني بستة أشهر .

وهذا القول الذي قدمه عن ابن القاسم بقوله : وكـان يقول: إن كانت تحيض كل ستة أشهر انتظرتهـا . وكلام المصنف يوهم أن ابن القاسم يقصـد خصوصية السـتة ، وإنما قال ذلك على طريق المثـال كمـا تقدم ، واعلم أن مـا قاله المصنف من أنهـا على القول بأنـها تكتفي بثلاثة أشـهر تكتفي هنا بالأربعة أشهـر وعشر ، هو قول غيـر واحد من القرويين ، ورده ابن يونس بأن القول بالاكتفاء بالثلاثة إنما هو في الأمة القن إذا ارتابت ، والحيضة في أم الولد من وفاة سيدها أو عـتقه إياها عدة لقوة الاختلاف فيـها بخلاف الأمة، وإذا كانت عليهـا عدة من سـيدها وعـدة من زوجها وجب أن تـطالب بأقصى الأجلين ، كـقول ابن القاسم فيمن تزوجت في عدة وفاة ودخل بها ، وصححه عياض .

خليل : وإنما يظهر أثر اشتراط الحيضة فيما إذا احتمل على قول من لا يراعي الحيضة في عدة الوفاة ، وأما من يعتبرها ـ كأشهب وأحد قـولي ابن القاسم ـ فإن حيضة استبرئها تدخل في الحيضة المشترطة في العدة .

وقوله : **(وإن لم يحتمل)** هذه هي الصورة الثانية ، يعني: فإن لم يكن بين موتهما شهران وخمس ليال بل أقل من ذلـك فعليها أربعة أشهر وعشر لاحـتمال موت الزوج بعد موت السيد ، وعلى احتمال موت الزوج أولاً فعليها شهران وخمس ليال وهي مندرجة في الأربعة ، فلذلك اكـتفت بأربعة أشهـر وعشر ولم تحتج إلى حـيضة الاستبـراء ؛ لأنها إنما احتاجت إليها في المسألة السـابقة لكونها حلت للسيد ، وهاهنا لم تحل له ؛ لأنه وإن مات زوجها أولاً فهي معتدة منه .

---

(١) «الجامع» (٤ / ٤٧٢).

وقوله : (**وَحُكْمُ الْحَيْضَةِ ...إلخ**) يعني: فيحتاج إليها على قول أشهب ، ولا يحتاج إليها على قول عبد الملك ، ويفرق على المشهور .

ابن عبد السلام : واختلف حذاق الشيوخ هل طلب الحيضة في عدة الوفاة في حق من كانت عادتها أن تحيض في أقل من زمان العدة عام في كل معتدة أو لا يحتاج إليها هنا لرفع الريبة في تلك العدة فصارت من باب اعتبار الشك المركب ، وقد تقدم إطراحه في الفقهيات لأنه من الوساوس ؟

قوله : (**وَلا بُدَّ مِمَّا تَحِلُّ بِهِ الأَمَةُ الْمُعْتَدَّةُ مِنَ الْوَفَاةِ**) .

ابن راشد : هذا الموضع مشكل؛ لأن فرض المسألة أن الأول مجهول ، فإن فرضنا أن الأول هو الزوج فهذه تعتد عدة الأمة ، وتقدم الخلاف هل لا بد من حيضة أو تحل بثلاثة أشهر أو تحل بانقضاء العدة ؟

وإن كان السيد هو الأول فعدتها أربعة أشهر وعشر ، ويختلف هل تحل أم لا تحل حتى تحيض ـ كما سبق ـ فأي فائدة في ذكره فتأمله ؟

خليل : ويحتمل أن يكون أشار بذلك إلى أنها تتربص تسعة أشهر على قول، وذلك لأنه قدم أن الأمة قد لا تحل بمجرد مضي عدتها بل لا بد مما تحل به الأمة .

وقد تقدم أن في ذلك قولين :

أحدهما : أنها تتربص تسعة أشهر .

والثاني : أنها تتربص ثلاثة .

فعلى الأول أنها تتربص تسعة لا بد لهذه المستولدة من تسعة إذا ضعف أمرها أن تكون كالأمة ، والله أعلم .

فرع :

ولا ترث أم الولد من زوجها شيئا في الصورتين لاحتمال موت الزوج قبل موت السيد، قاله في «المدونة»(١) وغيرها .

الإِحْدَادِ : وَيَجِبُ عَلَى كُلِّ زَوْجَةٍ لِلْوَفَاةِ خَاصَّةً وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً دُونَ الطَّلَاقِ .

---

(١) «المدونة» (٨/ ٢٩٨) .

أبو زيد وأبو عبيد : يقال: حدت المرأة فهي حاد ، وأحدت فهي محد ، ولم يعرف الأصمعي (حدت) وأصله من حاددت الرجل من كذا إذا منعته ، ومنه الحدود الشرعية من الجلد والرجم والقطع؛ لأنها تمنع أن يؤتى مثل ذلك الفعل ، ومنه أيضاً الحدود للماهيات لأنها تمنع من أن يدخل في تلك الماهية غيرها ، ولذلك قيل للبواب: حداد لأنه يمنع غيره، والدليل على وجوبه في عدة الوفاة ما في الصحيحين وغيرهما عن أم عطية أن رسول الله ﷺ قال: «**لا تحد المرأة على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب، ولا تكتحل ولا تمس طيبا إلا إذا طهرت نبذة من قُسطٍ وأظفار**»[1] .

قيل : والعصب ثياب من اليمن فيها بياض وسواد ، والنبذة ـ بضم النون ـ القطعة والشيء اليسير ، والقسط ـ بضم القاف ـ والأظفار نوعان من البخور ، ورخص فيه في الطهر من الحيض لتطييب المحل وإزالة كراهته؛ ولهذا الحديث ونحوه قصد مالك الإحداد على عدة الوفاة ، وحكمة مشروعيته الإبعاد مما تراد المرأة له صوناً للأنساب .

مطرف وابن ماجشون : وإن ارتابت فعليها الإحداد حتى تنقضي الريبة وإن بلغت إلى خمس سنين، قال : وكذلك سمعنا مالك يقول .

قوله : (**وإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً**) يريد: وإن كانت في المهد ويجنبها أهلها ؛ لأنها لما وجبت عدة الوفاة على الصغيرة والكبيرة وجب عليها الإحداد ، ودخل في قوله : (**كُلِّ زَوْجَةٍ لِلْوَفَاةِ**) الأمة والحرة ، وهو صحيح .

وَفِي زَوْجَةِ الْمَفْقُودِ والْكِتَابِيَّةِ قَوْلانِ .

المشهور مذهب «المدونة» وجوب الإحداد عليهما ، ولم يوجبه عبد الملك وسحنون على امرأة المفقود؛ لأن الرجل لم تتحقق وفاته بدليل أنا لا نقسم ميراثه ، واختار اللخمي: أن يكون عليها أقصى الأجلين، والقول بعدم وجوب الإحداد على الكتابية رواه ابن نافع عن مالك ، وبه قال هو وأشهب ، إما لأنها لم تدخل في قوله عليه الصلاة والسلام: «**لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر**»، وإما بناء على أن الكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة كما أشار بعضهم ، وقد يقال : إن المشهور وقول ابن نافع مبنيان على الخلاف في عدتها ،

---

(١) أخرجه البخاري (٣٠٧)، ومسلم (٩٣٨) .

هل تعتد بأربعة أشهر وعشر أو بثلاث حيض، فالمشهور مبني على الأول ، وقول ابن نافع مبني على الثاني .

وَهو تَرْكُ الزِّينَة الْمُعْتَادَة فَلا تَتَحلَّى وَلَوْ بِخَاتَمٍ ، ولا تَتَطَيَّبُ ، وَلا تَدَّهِنُ بِالأَدْهَانِ الْمُطَيِّبَة بِخِلافِ الشَّبْرَقِ والزَّيْتِ...

لما ذكر أن الإحداد واجب أتبعه بالكلام على حقيقته ، ولما كان ترك التحلي والتطيب من نتيجة قوله : (**تَرْكُ الزِّينَة**) أدخل الفاء في قوله : (**فَلا تَتَحلَّى وَلَوْ بِخَاتَمٍ ، ولا تَتَطَيَّبُ**).

عيسى : وسواء كان ذلك الخاتم فضة أو ذهبا .

مالك في رواية محمد : ولا تلبس حليا ولو كان حديدا، ولم ينص أصحابنا على الجوهر والياقوت .

الباجي(١) : وهو داخل تحت قوله في «الموطأ» : ولا تلبس خاتما ولا خلخالاً ولا غير ذلك من الحلي .

محمد عن مالك : ولا تحضر عمل الطيب ولا تتجر فيه ، وإن لم يكن لها كسب غيره حتى تحل .

ولو مات زوجها بعد أن مشطت رأسها فقال مالك : لا تنقض مشطها ، أرأيت لو اختضبت .

قال في «البيان»(٢) : إن كانت امتشطت بغير طيب ، وأما إن كانت امتشطت بطيب أو تطيبت في سائر جسدها فيجب عليها غسله كنزع الثوب المصبوغ إذا توفي زوجها وهي لابسة له ، وكما يجب على الرجل إذا أحرم وهو متطيب أن يغسل الطيب عنه .

وقال بعض القرويين : إذا لزمت المرأة العدة وعليها طيب ليس عليها غسله بخلاف الذي يحرم .

عبد الحق(٣) : لأن المحرم أدخل الإحرام على نفسه ولو شاء نزع الطيب قبل أن يحرم

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٤٧٤) .

(٢) «البيان والتحصيل » (٥/ ٣٦٩) .

(٣) «النكت والفروق» (١/ ٢٥٨) .

أو أخر الإحرام حتى يذهب ، فلم يعذر لاختياره بخلاف العدة فإنه لا خيار للمرأة فيها، والشيرق بكسر الشين المعجمة وآخره قاف، ويقال بالجيم ويقال أيضاً بالحاء المهملة المفتوحة.

النووي : وهو بفتح الراء وليس بعربي ، وهو دهن السمسم .

وَلاَ تَمْتَشِطُ بِحِنَّاء ولا كَتَمٍ وَلاَ بِمَا يَخْتَمِرُ فِي رَأْسِهَا .

قال في «المدونة»[١] بإثر هذا : وتمتشط بالسدر وبما لا يختمر في رأسها .

عياض : والحناء ممدود ، والكتم بفتح التاء الوسمة التي يصبغ بها الشعر .

وقال أبو عبيد : بتشديد التاء، وهو يذهب حمرة بياض الشعر ولا يسوده كما زعمه بعضهم ممن أخطأ في ذلك .

وَلاَ تَدْخُلُ الْحَمَّامَ ، وَلاَ تُطْلِي جَسَدَهَا .

هكذا قال أشهب: إنها لا تدخل الحمام ولا تطلي جسدها بالنورة ، ولا بأس أن تستحد. هكذا نقل اللخمي وابن يونس[٢] عن أشهب .

ونقل ابن عبد السلام عن أشهب: أنها لا تدخل الحمام إلا من ضرورة، ونقل عن غيره: أنها لا تدخله ، قال : وظاهره ولو مع الضرورة، وأجاز لها ابن لبابة دخول الحمام، وأجاز في «السليمانية» الإطلاء بالنورة .

مالك في «العتبية» [٣]: ولا بأس أن تخرج إلى العرس ولا تتهيأ بما لا تلبسه الحاد ولا تبيت إلا في بيتها ، ولا بأس أن تنظر في المرآة وتحتجم وتقلم أظفارها وتنتف إبطيها .

وَلاَ تَكْتَحِلُ إِلا لِضَرُورَةٍ وَتَمْسَحُهُ نَهَاراً ، وَقِيلَ : وَلا لِضَرُورَةٍ .

قال في «المدونة»[٤] :ولا تكتحل إلا من ضرورة ، ولا بأس وإن كان فيه طيب ودين الله يسر .

زاد ابن مالك في «الموازية»: أنها تكتحل ليلاً وتمسحه نهاراً كما قال المصنف، ولمالك

(١) «المدونة» (٥/ ٤٣٣) .

(٢) «الجامع» (٤ / ٤٨٥).

(٣) «البيان والتحصيل» (٥/ ٣٣٧) .

(٤) «المدونة» (٥/ ٤٣٣) .

في «المختصر» أنها لا تكتحل بإثمد فيه طيب وإن اشتكت عينها .

الباجي[١] : ويحتمل ما في «المختصر» أنها لم تضطر إلى الطيب .

الباجي[٢] : وجدت لمالك ولم أتحققه أنها لا تكتحل بالإثمد ولا بشيء فيه سواد ولا صفرة ولا بما فيه طيب وإن اشتكت عينها، ومعنى ذلك ألا تدعو إلى ذلك ضرورة ، وهذا على تأويل الباجي يرجع إلى الأول .

ونقل ابن عبد الحكم عدم الجواز ولو حصلت الضرورة ، ودليله « **أن امرأة توفي زوجها فأتت أُمُّهَا النبيَّ** ﷺ ، **فقالت : إن بنتي اشتكت عينها أفأكحلها ؟ قال : لا . قالت : إني أخشى أن تنفقئ عينها ، قال : وإن انفقأت**» [٣].

عبد الحق : وإسناده صحيح .

وفي «الموطأ »[٤] أنه عليه الصلاة والسلام قال لامرأة معتدة اشتكت عينها : «**اكتحلي بكحل الجلاء بالليل وامسحيه نهارا**» .

ولعل تعارض الحديثين هو سبب الاختلاف هنا .

وَتَلْزَمُ الْمَسْكَنَ .

أي : وتلزم المتوفى عنها المسكن الذي توفي عنها زوجها فيه، ونبه بهذا على قول ابن عباس وجابر أنها تعتد حيث شاءت، ودليلنا ما رواه مالك وأبو داود والترمذي وصححه أن الفريعة بنت أخت أبي سعيد الخدري جاءت إلى النبي ﷺ تسأله أن ترجع إلى أهلها في بني خدرة ، فإن زوجها خرج في طلب أعبُدٍ له أبِقوا له حتى إذا كان بطرف القدوم لحقهم فقتلوه ، فسألت رسول الله ﷺ أن أرجع إلى أهلي ، فإنه لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة . فقال لي رسول الله ﷺ : «**نعم**» . فخرجت حتى إذا كنت في الحجرة أو في المسجد دعاني أو أمر بي فدعيت ، فقال : «كيف قلت؟» فرددت عليه القصة التي ذكرت

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٤٧٥) .

(٢) «المنتقى» (٥/ ٤٧٥) .

(٣) أخرجه البخاري (٥٠٢٤) ، ومسلم (١٤٨٨) من حديث أم سلمة رضي الله عنها .

(٤) أخرجه مالك (١٢٤٩) من حديث أم سلمة رضي الله عنها .

من شأن زوجي ، قالت : فقال : «**امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله**»[١] واللفظ لأبي داود .

وَلاَ تَلْبَسُ مَصْبُوغًا إِلا الأَسْوَدَ وَالأَدْكَنَ وَالأَكْحَلَ إِلا أَنْ لاَ تَجِدَ غَيْرَهُ .

هكذا وقع كما ترى أن الأدكن داخل في المستثنى ، ونحوه في «الجلاب»[٢] ، فإنه قال : ولا بأس بلباس البياض والسواد والدكن والكحليات .

ومذهب «المدونة»[٣] خلافه ، ففيها : ولا تلبس خزاً ولا ما صبغ من ثياب أو جباب حرير أو كتان أو قطن أو صوف وإن كان أخضر أو أدكن إلا أن لا تجد غيره ، وتكون بموضع لا تجد استبدالا ، فإن وجدت بدلاً ببيع فليس ذلك لها .

اللخمي : وكذلك إذا قدرت على تغيير صبغه بسواد، ولا فرق في المصبوغ الممنوع بين الصوف والحرير وغيرهما .

ابن رشد : ولو رجع في أمر اللباس إلى الأحوال لكان حسناً ، فرب امرأة يكون شأنها لباس الخز والحرير فإذا لبست ثوب كتان أي لون كان فلا يكون زينة لها .

خليل : وعلى هذا فتمتنع الناصعة البياض من السواد فإنه يزينها، وكذلك قال اللخمي أرى أن تمنع من الثياب الحسنة وإن كانت بيضاء؛ لأنها تزيد في الوضاءة ، وتنظر حينئذ لنفسها ويتشوف لها ، وكذلك الرفيع من السواد ، ولا أرى أن تمنع الأخضر والأزرق والزيتي .

وَتَلْبَسُ الأَبْيَضَ ـ وَلَوْ إِبْرِيسَما ـ وَغَلِيظَ عُصُبِ الْيَمَنِ ، وَأَبْيَضَ الْخَزِّ وَأَسْوَدَهُ .

ما ذكره هو المشهور .

قال في «المدونة»[٤] : وتلبس رقيق البياض كله [رقيقه][٥] وغليظه، ومال غير واحد

---

(١) أخرجه مالك (١٢٢٩) وأبو داود (٢٣٠٠) والنسائي (٣٥٢٨) وفي الكبرى (٥٧٢٢) وأحمد (٢٧١٣٢) والدارمي (٢٢٨٧) وابن حبان (٤٢٩٢) والحاكم (٢٨٣٢) والبيهقي في الكبرى (١٥٢٧٥) وصححه الألباني ـ رحمه الله ـ .

(٢) «التفريع» (٢/١١٩) .

(٣) «المدونة» (٥/٤٣٣) .

(٤) «المدونة» (٥/٤٣٣) .

(٥) سقط من ط .

إلى المنع من رقيق البياض .

وَلَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْعِدَّةِ

يعني : وليس الإحداد شرطاً في العدة ، بل لو تركته أثمت وحلت بانقضاء العدة .

وَعَلَى مَنِ اشْتَرَى أَمَةً مُعْتَدَّةً إِبْقَاؤُهَا فِي مَوْضِعِ اعْتِدَادِهَا ، وَيَجُوزُ إِخْرَاجُهَا نَهَاراً لِلْبَيْعِ، وَلاَ تَتَزَيَّنُ بِمَا لاَ تَلْبَسُهُ الْحَادُّ...

لأن بقاء المعتدة في موضع اعتدادها مأمور به ، فإذا احتاج سيدها للبيع جاز له إخراجها نهاراً كما جاز للحرة أن تخرج لحوائجها طرفي النهار ، ولا يتركها تتزين بما لا تتزين به الحاد ، وإنما لم يكن للمشتري إخراجها لأنه حلَّ محل البائع .

وَلِلْمُعْتَدَّةِ الْمَدْخُولِ بِهَا مُطْلَقًا مِنْ وَفَاةٍ أَوْ طَلاَقٍ أَوْ خُلْعٍ أَوْ فَسْخٍ أَوْ لِعَانٍ السُّكْنَى .

يعني : أن للمدخول بها السكنى في العدة مطلقاً سواء كانت من وفاة أو طلاق أو خلع، وعطفه الخلع على الطلاق من باب عطف الخاص على العام ، ولأنه قد يتوهم إسقاط السكنى لها لما بذلته ، ولينبه على أنه لا فرق في الطلاق بين البائن وغيره .

والمشهور في المتوفى عنها ما ذكره المصنف ، وروى ابن خويز منداد عن مالك سقوط السكنى لها ، وقاله ابن القصار ؛ لأن ملك الزوج للدار قد زال بموته ، وأسقط أحمد بن حنبل السكنى للبائن .

ودليلنا: قوله تعالى : ﴿**أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ**﴾ [الطلاق:٦] ولم يذكر في ذلك شرطاً، ثم قال في النفقة : ﴿ **وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾ [الطلاق:٦] فشرط وجود الحمل .

وقوله : (**أَوْ فَسْخٍ**) أي: في النكاح الفاسد ؛ لأنها محبوسة من أجله ؛ ولأن الولد يلحق به كالصحيح .

قوله : (**أَوْ لِعَانٍ**) هو المشهور، وقال القاضي إسماعيل : لا سكنى لها، وهو اختيار ابن رشد لانقطاع الزوجية وأسبابها ، ولو أتت بولد لم يلحق به .

وَإِنْ نَقَلَهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا وَاتُّهِمَ رَجَعَتْ لِلأَوَّلِ .

يعني : إذا نقل الرجل زوجته من موضع سكناه المعروف إلى غيره ، واتهم على

إسقاط حق الله تعالى في السكنى ، كما لو طلقها فإنها ترجع إلى المنزل الأول ، ولم يكتفوا منه هنا باليمين .

فرع :

فإن كانت إقامتها في غير منزلها لحق آدمي مثل أن تكون ظئراً استؤجرت بشرط أن تكون في دار أبوي الصبي ، فمات الزوج عنها أو طلقها .

التونسي : فاعرف في هذا أنه تفسخ الإجارة وترجع إلى بيتها بخلاف حق الله تعالى من العكوف والإحرام .

وَأَمَّا غَيْرُ الْمَدْخُولِ بِهَا يَمُوتُ زَوْجُهَا فَلا سُكْنَى لَهَا إِلا أَنْ يَكُونَ قَدْ أَسْكَنَهَا فَتَكُونُ كَالْمَدْخُولِ بِهَا...

لأنها إنما تعتد في موضع سكناها إلا أن يكون قد أسكنها فلها السكنى ، وسواء كانت كبيرة أو صغيرة لا يجامع مثلها، قاله في «المدونة»[(١)] ، وقيده أبو بكر بن عبد الرحمن بما إذا كان قد ضم الصغيرة إليه لا ليكفلها ، وأما إن أخذها ليكفلها ثم مات فليس لها .

ابن يونس[(٢)] : وأظن أن ابن المواز ذكره ، وهو بيِّنٌ فاعلمه .

ابن الحارث : واختلفوا في الصغيرة التي لا يدخل بمثلها إذا أسكنها زوجها في حياته ثم مات ، فقال ابن القاسم : هي أحق بالسكنى حتى تنقضي العدة .

وقال سحنون : وكيف تكون أولى بالسكنى وإنما هو متطوع لها بها في حياته .

محمد : ولو اكترى لها منزلاً فجعلها فيه ونقد الكراء ، أو كان لنفسه فهي أحق به وإن لم يبن .

اللخمي : وليس هو أصل المذهب إلا أن يكون موته بعد أن صارت إلى ذلك المسكن.

وَلاَ سُكْنَى لِلأَمَةِ مَا لَمْ تَتَبَوَّأْ بَيْتًا .

يعني : إذا لم تتبوأ بيتاً اعتدت في بيت سيدها ، وإن تبوأت فكالحرة، وبالجملة فأحكامها بعد الموت أو الطلاق باعتبار السكنى كحالها في حال الزوجية.

---

(١) «المدونة» (٥/ ٤٣٤) .

(٢) «الجامع» (٤ / ٤٨٢).

بعض الأندلسيين : وهو يدل على أن سكنى المعتدة تبع لسكنى العصمة ، فيؤخذ منه أن الحرة إذا طاعت لزوجها بالسكنى في دارها دون كراء ثم طلقها فطلبت منه كراء أمد العدة أنه لا يلزمه السكنى ، وبهذا أفتى أبو عمر ابن المكوي وابن العطار والأصيلي ، وذهب ابن زرب وابن عتاب إلى أن عليه الكراء ، وإليه ذهب اللخمي ، وأفتى به المازري؛ لأن المكارمة قد زالت بالطلاق .

وَلَوْ خَرَجَ بِهَا إِلَى الْحَجِّ فَمَاتَ أَوْ طَلَّقَهَا بَائِنًا أَوْ رَجْعِيًا رَجَعَتْ فِي ثَلاثَة أَيَّامٍ مَا لَمْ تَبْعُدْ أَوْ تُحْرِمْ...

يعني : ولو سافر الزوج بزوجته فإما إلى الحج أو غيره ، فإن سافر بها إلى حجة الفريضة فما قاله المصنف قاله أبو بكر بن عبد الرحمن ، وأما غيره : فترجع إن بعدت كالسفر إلى الرباط ونحوه ، وسَوَّى غيرُه بين الفرض والنفل بخلاف الغزو والرباط .

عياض : وفرق بين ذلك بفروق ضعيفة ، والأول أصوب .

وأشار التونسي إلى أنه ينبغي على الثاني أن يلحق بذلك الغزو ونحوه ، وما ذكره من أنها ترجع إذا طلقها أو مات عنها في الثلاثة أيام نحوه في «المدونة»، ونص على أن ما قرب من الثلاثة بمنزلتها وأنها ترجع إن وجدت ثقة، قال : وترجع من ملل وذي الحليفة من المدينة ، وردهن عمر رضي الله عنه من البيداء ، ولا يفسخ كراء كريها ، ولتُكْرَ الإبلُ في مثل ما اكترت ولو بعدت كإفريقية من الأندلس أو المدينة من مصر تمادت ، وأما إذا أحرمت فلتنفد قربت أو بعدت، وملل موضع بينه وبين المدينة ثمانية عشر ميلاً .

قوله : **(إن وجدت ثقة)** يريد: محرما أو ناساً لا بأس بهم، قاله اللخمي وابن عبد السلام وغيرهما .

وفهم اللخمي من قول مالك: إنها ترجع في اليومين والثلاثة أن الحج عنده على التراخي ، قال : وعلى قوله أنه على الفور يكون عليها أن تنفد لما خرجت إليه وإن لم تكن بعدت عن بلدها ، وكذلك لو لم تكن خرجت لكان عليها أن تخرج .

ابن عبد السلام : وفي قوله : (لكان عليها أن تخرج) نظر ، فإنه حينئذ يكون كواجبين تعارضا ؛ لأن مكثها في بيتها فرض ، والحج كذلك ، فيسلك مسلك الترجيح .

فرعان :

الأول : قال أبو عمران : وإذا طلقها ورجعت فعليه الكراء في رجوعها؛ لأنها إنما رجعت من أجله وحبست له ، فذلك بمنزلة ما يجب لها من سكنى عليه .

الثاني : قال أبو الحسن: قوله: وأما إذا أحرمت فلتنفد ، ظاهره أنها أحرمت قبل موت الزوج ، ولا إشكال في هذا وهي غير عاصية ، ولو أحرمت بعد موت الزوج نفدت وهي عاصية ، بخلاف المعتكفة فإنها لا تنفد إذا أحرمت بالحج وتبقى على اعتكافها حتى تتمه ، إذ لو قيل إنها تخرج إلى الحج الذي أحرمت به لبطل اعتكافها ؛ لأنه لا يكون إلا في المسجد ؛ بخلاف الإحرام فإنه لا يخل بجملة العدة وإنما يخل بالمبيت .

وَتَرْجِعُ فِي غَيْرِ الْحَجِّ إِنْ كَانَ خَرَجَ لإِقَامَةِ الأَشْهُرِ لا لِلْمُقَامِ إِذَا وَجَدَتْ ثِقَةً ، وَإِنَّمَا تُؤْمَرُ بِالرُّجُوعِ إِذَا بَقِيَ لَهَا شَيْءٌ مِنْ عِدَّتِهَا بَعْدَ وُصُولِهَا إِلَى بَيْتِهَا بِالتَّقْدِيرِ ، وَإِذَا كَانَ السَّفَرُ لِلانْتِقَالِ اعْتَدَّتْ فِي أَقْرَبِهِمَا أَوْ أَبْعَدِهِمَا أَوْ فِي مَكَانِ الْمَوْتِ إِنْ شَاءَ وَأَمْكَنَ...

يعني : وإن سافر بها في غير الحج فإن ذلك على وجهين :

أحدهما: أن يخرج لا للسكنى بل ليقيم شهراً أو شهورا كما لو خرج لرباط أو زيارة أو تجارة.

والثاني : أن يخرج للإقامة رافضاً لسكناه بمحله .

وذكر المصنف أنها في الوجه الأول ترجع وأطلق ، ونص في «المدونة»(١) على أنها ترجع ولو وصلت إلى المكان الذي خرجت إليه، واختلف إذا قامت بالمكان الذي خرجت إليه الأشهر أو السنة ، فذكر التونسي وغيره قولين :

أحدهما : أنها ترجع ، وهو ظاهر «المدونة» .

والثاني : أنها لا ترجع ، وهو قول مالك في «الموازية» .

ابن عبد الحكم : والأول أحسن، وقال اللخمي : الثاني أحسن .

وقوله : (**وَإِنَّمَا تُؤْمَرُ بِالرُّجُوعِ ...إلخ**) يعني : وحيث أمرناها ، إنما ذلك حيث يكون لرجوعها فائدة بأن تعتد في منزلها ، وأما إن كانت لو رجعت لا تدرك منزلها إلا بعد فراغ العدة فلا ترجع لعدم الفائدة حينئذ في الرجوع.

---

(١) «المدونة» (٥/ ٤٣٣).

وظاهر كلامه: إذا بقي من العدة شيء أنها ترجع ولو أدركت يوماً واحداً ، وهو ظاهر «المدونة» ، لكن قيد ذلك اللخمي بأن تدرك ما له قدر ، وقال : وإن لم يبق من العدة إلا ما لا قدر له لم ترجع ، وتعتد في موضعها إن كانت في مستعتب أو تنتقل إلى أقرب المواضع إليها وإن كانت في غير مستعتب ، ولا مستعتب دون الموضع الذي خرجت إليه فيكون لها أن تبلغه ، وإن كان انقضاء العدة قبله ، ولا إشكال في التقدير في ذات الأشهر، وأما ذات الحيض فالتقدير في حقها بما عرفته من عادتها، ثم أخذ المصنف يتكلم على القسم الآخر وهو ما إذا كان خروجه للانتقال ، فقال : وإن كان السفر للانتقال . . . إلخ، والضمير في أقربهما أو أبعدهما عائد على المكان الذي خرجت منه والذي خرجت إليه.

وحاصل كلامه أنها تخير في أحد ثلاثة أمور : أن ترجع إلى المكان الأول ، أو تذهب إلى المكان الذي خرجت إليه ، أو تقيم بالمكان الذي مات فيه زوجها .

قوله : (وأَمْكَنَ) الظاهر عوده على الثلاثة ، ويحتمل من جهة اللفظ أن يعود إلى قوله :(**أَوْ فِي مَكَانِ الْمَوْتِ**) وما ذكره من التخيير في الثلاثة نحوه في «المدونة»[1] ، وعلل ذلك فيها بأنه مات ولا قرار لها لرفض قراره ولم تصل بعد إلى قراره ، ونص فيها على أن المطلقة طلاقاً بائنًا أو رجعيا كذلك .

اللخمي : ولها أن تعتد في موضع الموت وإن مات في مستعتب ، أو تنتقل إلى غيره إذا كان مأموناً ، ولا تبعد لأنها وإن كانت لا تتعين عليها العدة في مسكن فلا يسقط خطابها بما تخاطب به المعتدة من الحفظ ، وأن لا تبيت عن المسكن الذي تبيت فيه ، وإذا كان كذلك لم يكن لها أن تجعل عدتها في أسفار ومناهل وقفار ، وإن مات الزوج بعد وصوله إلى البلد الذي أراد سكناه ثم مات قبل أن يتخذ لها مسكناً كالزوجة التي لا مسكن لها، وكانت بالخيار بين أن تعتد في الذي مات فيه أو بغير ذلك من تلك المدينة أو غيرها إذا كانت قريبا، ولو اكترى منزلا فلم ينتقل إليه حتى مات كانت بالخيار أيضاً حسبما تقدم لو لم يكثر ، فإن انتقل إليه تعين عليها فيه العدة . انتهى .

وقول اللخمي : (لم يكن لها أن تجعل عدتها في قفار. . .إلخ) ظاهر ، ويلزم عليه أن لا تكون مخيرة في أن تذهب إلى أبعد المكان بل يلزمها أن تذهب إلى الأقرب .

(١) «المدونة» (٥/ ٤٣٩) .

وفي قوله: إن لها إذا وصل بها إلى البلد الذي أراد سكناه ولم يتخذ لها به مسكنا أن تخرج من تلك المدينة، نظر ، وقاله ابن عبد السلام .

وَتَنْتَقِلُ الأَمَةُ مَعَ سَادَاتِهَا .

نحوه في «المدونة»[١]، وسواء كانت معتدة من طلاق أو وفاة .

حمديس : وهو خلاف ما وقع في المدونة أنه لا يجوز بيعها إلا ممن لا يخرجها في العدة ، وإذا لم يجز لمشتريها ذلك فبائعها أولى .

ونص ابن القاسم في «الموازية» على أنها إن تبوأت مع زوجها بيتاً فليس لسادتها الانتقال بها، وجمع غير واحد بين مسألتي «المدونة» على ما في «الموازية» ، فالتي لا تباع إلا ممن لا ينقلها هي التي تبوأت ، والتي تنتقل مع سادتها هي التي لم تتبوأ ، وإليه أشار أبو عمران بقوله : إن ما في «الموازية» لا خلاف فيه .

وأجاب ابن يونس عن معارضة حمديس ، وقال : لا يلزم هذا ابن القاسم ؛ لأن بائعها لا يخرجها إلا أن يضطر إلى الخروج ، وليس هو بمضطر في بيعها أن يبيعها ممن يخرجها وهو يجد من لا يخرجها لأن المشترين كثير ، ولو اضطر بعد شرائه إلى الخروج لأمر حدث لجاز له أن يخرجها كسيدها .

وَلِلْبَدَوِيَّةِ الرَّحِيلُ مَعَ أَهْلِهَا لا مَعَ أَهْلِ زَوْجِهَا .

نحوه في «المدونة»[٢] واحترز من الحضرية فإنها لا تنتوي ولو انتوى أهلها .

قال في «المدونة»[٣] : ولا تنتوي، ونص يحيى بن عمر على أن نساء أهل الخصوص يعتددن في البيوت التي كُنَّ فيها قبل الطلاق والوفاة، وعلى هذا فالمراد هنا بالبدوية ساكنة العمود ، وهكذا فسره الباجي [٤].

ابن عبد السلام: وقال اللخمي، وعياض، وابن راشد: المراد ساكنة الخصوص والعمود.

---

(١) «المدونة» (٥/ ٤٣٣) .

(٢) «المدونة» (٥/ ٤٦٢) .

(٣) «المدونة» (٥/ ٤٦٢) .

(٤) «المنتقى» (٥/ ٤٧٨) .

خليل: وكلام الباجي أصح؛ لأن أهل الخصوص تلزمهم إقامة الجمعة على الأصح، فدل على أنهم في حكم الحاضرين.

وما ذكره المصنف من أنها تنتقل مع أهلها لا مع أهل زوجها إنما ذلك إذا كان لها أهل ولزوجها أهل، وأما إن لم يكن لها أهل فإنها تعتد حيث كانت مع أهل زوجها وترحل معهم.

تنبيهان:

الأول: قوله: (تنتوي) أي: ترحل وتبعد، من النوى وهو البعد، وهو يدل على ما أشار إليه بعض الشيوخ إنما يكون لها أن تنتوي مع أهلها إذا كان رحيلهم لغير القرب لانقطاعهم عنها وانقطاعها عنهم، وأما إذا كان على قرب بحيث لا تنقطع عنهم وترجع إليهم عند تمام عدتها فتقيم مع أهل زوجها.

الثاني: قوله: (**لا مَعَ أَهْلِ زَوْجِهَا**).

ابن عبد السلام: إن كان المراد أن الحكم بذلك رخصة، وأن الأصل كان أن تنتوي مع أهل زوجها لولا ما عارضه من مشقة الرجوع إلى أهلها عند انقضاء عدتها فظاهر، وإن كان المراد أن هذا هو الأصل عند مالك وأنها لو ارتكبت تلك المشقة وارتحلت مع أهل زوجها لما كان لها ذلك، فلا يتبين وجهه، وعلى الاحتمال الأول فهمها الشيوخ.

وَلَهَا مُفَارَقَةُ الْمَسْكَنِ بِعُذْرٍ لاَ يُمْكِنُهَا الْمُقَامُ مَعَهُ لِخَوْفِ سُقُوطٍ أَوْ لُصُوصٍ، ثُمَّ تَلْزَمِ الثَّانِيَ والثَّالِثَ كَذَلِكَ...

يعني: أنه يجب على المعتدة الاعتداد في البيت الذي هي فيه في الطلاق والوفاة إلا أن لا يمكنها المقام لعذر فلها حينئذ مفارقته، وذلك إما لخوف سقوط الدار أو خوف لصوص.

اللخمي: أو خوف جار سوء على نفسها، أو وجدت وحشة لانتقال من حولها أو خشية الانتقال من جيرانها.

قال في «المدونة»[1]: وإن كانت في مدينة فلا تنتقل لضرر جواز ولترفع ذلك إلى السلطان.

---

(١) «المدونة» (٥/ ٤٦٢).

اللخمي : وإن حصل الشر بينها وبين من تسكن معهم وكان الشر منها ارتحلت عنهم ، وفي مثل هذا جاء الحديث في فاطمة بنت قيس ، وإن كان الشر من غيرها أخرجوا عنها ، وإن أشكل أقرع أيهم يخرج ، ثم إن انتقلت إلى موضع لمانع صار الموضع الثاني في لزوم السكنى كالأول ، ثم إن حصل مانع في هذا الثاني فكالأول ، وهذا معنى قوله : (ثم تلزم الثاني والثالث كذلك) .

ابن عبد السلام : كالحالف أن لا يرتحل من موضعه إلى انقضاء سنة مثلاً فعرض له مانع من سكناه، بل مسألة العدة جعلوها أصلاً لمسألة اليمين .

وَإِذَا انْتَقَلَتْ لِغَيْرِ عُذْرٍ رُدَّتْ بِالْقَضَاءِ .

سواء أذن لها المطلق أم لا ؛ لأن بقاءها في بيتها حق لله تعالى .

وَلاَ كِرَاءَ لَهَا فِيمَا أَقَامَتْ فِي غَيْرِهِ .

نحوه في «المدونة» ، ومعناه أن المعتدة إذا خرجت من موضع اعتدادها وسكنت غيره هروباً منه فردها القاضي إلى الأول ، أو لم يردها وطلبت كراء البيت الذي هربت إليه ، فلا كراء لها لأنها تركت ما كان واجباً لها فلا يلزم غيرها عن ذلك عوض .

وأقاموا في هذه المسألة مسألتين :

الأولى: إذا كان له ولد فهربت به إلى موضع لا يعلمه ، ثم أتت بعد ذلك تطلب ما أنفقت عليه أنه لا شيء لها .

الثانية : أقام منها ابن الشقاق أنه لا نفقة للناشزة مدة نشوزها ولا رجوع لها بذلك خلاف ما لمالك في «الموازية» .

وفرق بينهما بوجهين :

أولهما لابن رشد: أن الكراء تعين لها في ذلك المسكن لا في ذمة الزوج بمنزلة ما لو دفع النفقة فأتلفتها ، ونحوه لأبي بكر بن عبد الرحمن .

ثانيهما : لأبي عمران أن البقاء في المنزل حق لله فشدد عليها فيه حتى لا تسقطه ، بخلاف بقائها مع الزوج فإنه حق له .

وظاهر «المدونة» وقول المصنف: لا كراء لها فيما أقامت في غيره أنه لا فرق في ذلك

بين أن يكري المنزل الذي هربت منه أو يتركه خالياً .

وقال اللخمي : إن خرجت لغير عذر فطلبت كراء المنزل الذي انتقلت إليه لم يكن لها ذلك إن خرجت عن مسكن يملكه الزوج أو اكتراه وحبسه ولم يكره بعد خروجها ، وإن أكراه رجعت بالأقل مما اكترت أو أكرى .

وَتَخْرُجُ فِي حَوَائِجِهَا نَهَارا وَطَرَفَى اللَّيْلِ .

يعني : أن السكنى التي تلزم المعتدة هي أن تلزم مسكنها بالليل ، وأما بالنهار فلا بأس أن تتصرف فيه، وكذلك في طرفى الليل .

قال في «المدونة»[1] : ولها التصرف نهارها والخروج سحراً قرب الفجر وترجع فيما بينهما وبين العشاء الآخر، وهذا هو مراد المصنف بطرفي الليل .

ابن عبد السلام : قال بعضهم : ويدخله قول ابن القاسم: إن لها الرجوع إلى ثلث الليل، ورواية مطرف وقول محمد إلا قدر هدوء الناس ، قال : ويدخله قولٌ إلى نصف الليل دليله ما في كتاب الحج لأنه قال : لا دم على من بات في ليالي منى بغير منى إلا ليلة كاملة أو جلها .

واختار اللخمي أن تؤخر الخروج لطلوع الشمس وترجع لغروبها ، قال : وهذا في بعض الأوقات أو عند الحاجة ، وليس لها أن تجعل هذا عادة تكون سائر النهار في غير الموضع الذي تعتد فيه .

مالك : ولا أحب أن تكون عند أمها النهار كله .

فرع : وتسكن في البيت على حسب ما تسكن فيه مع زوجها وإن كان في الدار بيوتٌ كثيرة، وكانت تسكن بيتاً منها وفيه كان متاعها ، فقال مالك : لا تبيت إلا فيه في بيتها أو أسطوانها أو حجرتها التي كانت تتصرف فيها أو تتقيظ .

ابن القاسم : ومعنى ذلك: أن جميع المسكن الذي كانت فيه تبيت فيه حيث شاءت .

ولم يرد أنها لا تبيت إلا في الذي كان فيه متاعها .

وقال بعض القرويين : معنى ذلك أن تبيت في كل ما لو سرقت منه من دار زوجها لم

---

(١) «المدونة» (٥/ ٤٦٣) .

تقطع .

عياض : وفيه نظر .

قال في «المدونة»(١) : وإن كان في الدار مقاصير فلا تبيت إلا في مقصورتها .

الباجي(٢) وغيره : يريد أن تلك المقاصير لغيرها، وذهب الأبهري وابن القصار إلى أنها لا تبيت إلا حيث كانت تبيت .

عياض: وهو استحسان، ولعل كلامه في «الكتاب» على هذا، واختلف لفظه على المستحب .

وَالْمُعْتَدَّةُ أَحَقُّ مِنَ الْوَرَثَةِ وَالْغُرَمَاءِ بِالْمَسْكَنِ الْمَمْلُوكِ لَهُ وَالْمَنْقُودِ كِرَاؤُهُ .

لما قدم أن للمعتدة السكنى في الطلاق والوفاة أخذ يذكر المحل التي تكون فيه أحق في الوفاة ، ولا شك في عدة الطلاق أن عليه ألا يخرجها من المنزل ، وأما في الوفاة ففي «المدونة» وغيرها كما قال المصنف أنها أحق من الورثة والغرماء بالمسكن المملوك لزوجها أو المنقود كراؤه، وإنما ألحق المنقود كراؤه بالمملوك ؛ لأنه إذا نقد كراؤه صار يملك السكنى فيه، وقيد أبو عمران المنقود كراؤه بما إذا انتقلت إليه ، وأما إذا لم تنتقل إليه فلا شيء لها .

ابن زرقون : وروى ابن دينار عن ابن القاسم في «المدونة»(٣) : إن كان المنزل له فلها السكنى ، وإن كان بكراء فلا سكنى لها، وحكى ابن خويز منداد عن مالك أنه لا سكنى لها وإن كان المنزل له ، فإن نقد بعض الكراء كانت أحق بمقدار ما نقد، وحكمها في الباقي حكمها فيما لم ينقد.

فَإِنْ كَانَ مُكْتَرىً غَيْرَ مَنْقُود فَفِيهَا : لَمْ تَكُنْ أَحَقَّ فَتَخْرُجَ إلا أَنْ يَكْرِيهَا الْوَرَثَةُ كِرَاءَ مِثْلِهِ، وَرُوِيَ أَنَّهَا أَحَقُّ بِالْمُدَّةِ الْمُعَيَّنَةِ، وَاخْتَارَهُ عَبْدُ الْحَقِّ ، وَحَمَلَ «الْمُدَوَّنَةَ» عَلَى غَيْرِ الْمُعَيَّنَةِ...

يريد : فظاهر «المدونة» أنها ليست أحق ولو كان فيها التصريح بما قاله المصنف لم يحسن خلاف الشيوخ في معناها ، ولفظها : وإن كانت الدار بكراء ولم ينقد الزوج الكراء وهو موسر فلا سكنى لها في ماله ، وتؤدي الكراء من مالها ، ولا تخرج إلا أن يخرجها

(١) «المدونة» (٥/ ٤٦٥) .
(٢) «المنتقى» (٥/ ٤٨٠) .
(٣) «المدونة» (٥/ ٤٦٥) .

رب الدار أو يطلب من الكراء ما لا يشبه، فظاهر قوله: (ولم ينقد الزوج الكراء وهو موسر فلا سكنى لها) أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون الكراء مشاهرة أو وجيبة أي مدة معينة ، وعلى هذا الظاهر حمله الباجي وغيره ، واحتجوا بأن المسألة وقعت لمالك كذلك في «الموازية» .

وذكر في «النكت»[١] عن بعض القرويين: أنه حمل «المدونة»[٢] على المشاهرة ، وأما الوجيبة فإنها أحق بالسكنى سواء نقد أم لا ، واحتج لذلك بقوله في «المدونة»[٣] :إلا أن يطلب منها صاحب المنزل ما لا يشبه ، فإن ذلك يدل على أنه لم يكن الكراء لسنة بعينها لأنه لو أكرى لسنة بعينها لكان الكراء قد لزم بما تعاقداه ، وليس لرب المسكن أن يطلب غيره . واحتج لذلك أيضاً في «تهذيب الطالب» ، فإن أبا قرة روى ذلك عن مالك ، أي: أنها تكون أحق في الوجيبة مطلقاً، وحمل الأولان قول مالك إلا أن يطلب صاحب المسكن ما لا يشبه على أن مدة الكراء قد انقضت .

تنبيه :

قول المصنف: إلا أن يكريها الورثة ليس في «المدونة»، وانتهى ما حكاه المصنف عنها عند قوله : (**لَمْ تَكُنْ أَحَقَّ**) . وقوله : (**فَتَخْرُجَ...إلخ**) هو مفرع عليها .

الباجي[٤] : وإن رضي الورثة في مدة الكراء أو أهل الدار بعد انقضاء مدة الكراء أن يأخذوا منها الكراء ويقروها على السكنى لم يكن لها الخروج .

قال في «المدونة»[٥] : إلا أن يطلب منها ما لا يشبه من الكراء فلها الخروج ولرب الدار إخراجها، وقيده عياض بما إذا كان إخراجهم لحاجة لهم بالدار من سكنى أو بناء وشبهه ، قال : هكذا فسره ابن كنانة في «المدونة» و«المبسوط» ، قال : وليس لرب الدار إخراجها إلا لعذر مجحف مخافة على داره إن تركت فيها ، وليس لهم أن يتزايدوا عليها في الكراء ، والسكنى لها بالكراء الذي كان يتكاراه زوجها ، ومعنى ذلك عندي: أن يكون

(١) «النكت والفروق» (١/ ٢٥٩) .
(٢) «المدونة» (٥/ ٤٦٥) .
(٣) «المدونة» (٥/ ٤٦٥) .
(٤) «المنتقى» (٥/ ٤٦٧) .
(٥) «المدونة» (٥/ ٤٦٥) .

ذلك من قبل أنفسهم، وأما لو جاء من يكتريها بأكثر فلهم إخراجها إلا أن تلزم الزيادة هي أو الزوج، ولا خلاف أن أهل الدار متى تركوها بكراء مثلها أنه لازم للزوج في الطلاق ولها في الوفاة.

وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ بَيْعُ الدَّارِ إِلا فِي ذَاتِ الأَشْهُرِ ، وَفِي الْمُتَوَقَّعِ حَيْضُهَا إِذَا اشْتَرَطَهُ قَوْلانِ .

نحوه في «الجواهر»[١] ، وعلل ذلك بأن تأخير القرء والحمل غير معلوم بخلاف الأشهر ، وكذلك قرره ابن راشد .

والمراد بذات الأشهر الصغيرة واليائسة ، وأما المتوفى عنها فستأتي، وإنما جاز هنا لأنه بمنزلة من باع داره واستثنى منفعتها ثلاثة أشهر، والقولان في المتوقع حيضها مبنيان على اعتبار الحال أو الطوارئ ، فمن نظر إلى الحال أجاز ومن راعى الطوارئ منع .

وقوله : (**وَفِي الْمُتَوَقَّعِ حَيْضُهَا**) أي : كبنت ثلاثة عشر وخمسين .

وَالْحُكْمُ فِي الْمُتَوَفَّى عَنْهَا الْجَوازُ ، وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ : فَاسِدٌ لِجَوَازِ الرِّيبَةِ .

هكذا وقع في بعض النسخ ، وفي بعضها : (وقال محمد : فاسد لجواز الريبة) فيكون المراد محمد بن عبد الحكم ؛ لأن هذا القول إنما هو معلوم له لا لمحمد بن المواز.

وقوله : (**وَالْحُكْمُ فِي الْمُتَوَفَّى عَنْهَا الْجَوَازُ**) أي : لأن عدتها بالأشهر، وفسر على قول محمد بن عبد الحكم للتعليل الذي ذكره المصنف وهو أنها قد ترتاب فتطول عدتها ، وهذه المسألة ذكرها في «المدونة»[٢] في كتاب العدة وكتاب بيع الغرر ، وفرضها في بيع الغرماء دار الميت لدين عليه ، وفرضها الباجي في بيع دار الورثة .

ابن عبد السلام : وهو ظاهر كلام المصنف، واعترض بعضهم كلام الباجي لما يوهمه من إجازة بيعهم إياها اختياراً، فقال: إنما أجاز ابن القاسم هذا البيع إذا بيعت للغرماء، وأما إذا أراد الورثة البيع في غير دين فلم ينص عليه ابن القاسم، قال: وعندي أنه غير جائز .

خليل : وفي كلام ابن عبد السلام نظر ، وذلك أنه إنما قال هذا الكلام لما تكلم على قول المصنف: (وليس للزوج بيع الدار) فيوهم أن كلامه في «المدونة» وقول ابن عبد الحكم في المعتدة بالأشهر ، وكلامه في «المدونة»، وقول ابن عبد الحكم وكلام الباجي إنما هو في المتوفى عنها .

---

(١) «الجواهر» (٥/ ٥١) .

(٢) «المدونة» (٥/ ٤٦٥) .

ثُمَّ إِذَا بِيعَتْ وارْتَابَتْ فَقَالَ مَالِكٌ : هِيَ أَحَقُّ بِالْمقَامِ وأَحَبُّ إِلَيْنَا أَنْ يَكُونَ لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ...

يعني : وإذا فرعنا على المشهور من جواز البيع في المتوفى عنها فارتابت ، فقال مالك في «الموازية» : هي أحق بالمقام ؛ أي : إلى منتهى العدة ؛ لأن ذلك القدر ملك لها لا يجوز لها ولا لأحد إسقاطه ، وللمشتري الخيار للضرر الداخل عليه لو ألزم بالبيع .

وقال ابن القاسم في «العتبية»[١] : لا خيار للمشتري، وقال سحنون : لأنه كالذي دخل عليه، ولهذا لم يجزم مالك بالخيار فيما حكاه المصنف عنه بل قال : وأحب .

وذكره الباجي[٢] على أنه من لفظه في «المدونة»، وعن سحنون أيضاً: أن الخيار للمشتري .

وَالْبَيْعُ بِشَرْطِ زَوَالِ الرِّيبَةِ فَاسِدٌ خِلافًا لِسَحْنُونٍ .

يعني : والبيعُ بشرط المشتري على البائع أن لا تكون له ريبة أو تكون وتزول في زمن العدة، وإن استمرت فلا بيع بيننا ـ فاسدٌ ، وهكذا في «الواضحة» ، وهو اختيار ابن المواز، ولعل سحنوناً قاس ذلك على اشتراط ري الأرض فإنه جائز إذا لم ينقد الثمن، والفرق أن الضرورة ملجئة في بيع الأرض كذلك بخلاف الدار .

وزاد الباجي وغيره في قول سحنون : ولا حجة للمشتري ولو تمادت الريبة إلى خمس سنين . وروى نحوه أبو زيد عن ابن القاسم في «العتبية» .

الباجي[٣] : وهو عندي على قول من يرى للمبتاع الخيار في الفرع الذي قبل هذا ، وأما على قول من يلزمه ذلك فلا تأثير للشرط .

واعترض التونسي قول ابن المواز هنا أن البيع فاسد ، ورآه مخالفاً لقوله بالخيار إذا بيعت الدار واستثنى مقدار العدة ثم حصلت الريبة، قال : لأنه إذا ملك الخيار في الأخذ أو الترك كان أخذه على أن يسكن بالمرأة إلى انقضاء ريبتها كابتداء الشرط على ذلك إلا أن يكون هذا القول على أحد التأويلين فيمن خير بين شيئين فاختار أحدهما ، كمن أمر أن

---

(١) «البيان والتحصيل» (٨/ ٤٠١) .

(٢) «المنتقى» (٥/ ٢١٠) .

(٣) «المنتقى» (٥/ ٢١٠) .

يبيع سلعة بعشرة نقدا فباعها بعشرين إلى أجل فأجاز ذلك رب السلعة بعد فواتها .

ابن عبد السلام : ولا كبير اعتراض فيه إذا تأملته .

وقال صاحب «البيان»[1] : لا أدري ما معنى قول التونسي: أن ذلك يتخرج على أحد التأويلين ؛ إذ لا اختلاف فيها أحفظه ، كما أنه لا اختلاف في أنه لا يجوز أن يبيع الرجل سلعته بعشرة نقداً أو بخمسة عشر إلى أجل على أن البيع لازم له بأحد الثمنين ، وإنما يتخرج جواز ذلك على القول بأن من اشترى سلعاً فاستحق منها جلها على العدد فله أن يتماسك بما بقي بما ينوبه من الثمن ، وإن كان مجهولاً لا يعرف إلا بعد التقويم .

ويحتمل أن يكون معنى قول محمد يخير بين أن يرد البيع أو يتماسك به على أنه بالخيار في الرد ما لم تنقض الريبة لا على أنه يتماسك به على أن البيع لازم له طالت الريبة أم قصرت، وهذا أولى ما حمل عليه قول محمد . انتهى .

ابن عبد السلام : وخرج بعضهم من إجازة بيع هذه الدار لغرماء الميت أن من ترك حاملاً وعليه دين أن عقاره يباع في دينه، وخالف فيه ابن أيمن وقال : لا يباع حتى تضع الحمل، واختلف إذا أوصى بوصية وثم حمل هل يعطى الموصى له الوصية أو حتى تضع؟ واختلف أيضاً في المرأة إذا كانت حاملاً وطلبت ثمنها عاجلاً .

عياض : ولو اشترط أقصى ما تمسك النساء للريبة لم يجز النقد، ثم إن ذهبت الريبة بعد هذا الشرط قبل الأجل كانت الدار بقية الأجل للورثة ، ولو كان العقد على أن تزول الريبة قربت أو بعدت لم يجز على كل قول للغرر وجهالة وقت قبض الدار .

وَيُبْدِلُهَا الزَّوْجُ فِي الْمُنهَدِمِ وَالْمُعَارِ وَالْمُسْتَأْجَرِ إِذَا انْتَهَتِ الْمُدَّةُ .

يعني : أن المعتدة في الطلاق لا في الوفاة إذا اعتدت في ملك في منزل سواء كان له أو لغيره فانهدم ، أو اعتدت في منزل معار له أو مستأجر فانتهت مدة الإعارة أو الإجارة فإن الزوج يبدلها غيره .

اللخمي : ولا خلاف أن العدة لا توجب على المكري والمعير إذا ضربا الأجل مدة سوى العدة التي ملكها الزوج ، وكذلك إذا لم يضربا أجلاً ولا يلزم المكري والمعير ما لم يعقده على نفسه .

---

(١) «البيان والتحصيل» (٥/ ٤٧٥) .

وقال ابن القاسم في «المستخـرجة» في رجل أسكن أخاه منزلاً وطلق المُسكَّنُ زوجته ، وقال لها صـاحب المسكن : اخرجي ، إنما أسكنت أخي، فقال : لا تخـرج حتى تنقضي العدة، يريد: أن الأخـوين يتهـمان أن يكونا قـصدا إخراج الزوجـة خاصة لـيس أن ينتزع العارية من أخيه .

فَإِنِ اخْتَلَفَا فِي مَكَانَيْنِ وَلاَ ضَرَرَ أُجِيبَتْ الْمَرْأَةُ .

نحوه في «المدونة» ، قال : إلا أن تدعوه إلى ما يضر به لكثرة كراء أو سكنى فتمنع ، ولو أسقطت الكراء سكنت حيث شاءت .

ومعنى ضرر السكنى: أن تكون في جوار قوم غيـر مأمونين أو تسكن بالبعد منه ونحو ذلك ؛ قاله ابن يونس.

اللخمي : والقول قولها إذا دعت إلى موضع مأمون وكان كراؤه أزيد وتحملت الزيادة.

وقوله : (**فإن أسقطت الكراء سكنت حيث شاءت**) .

ابن يونس : يريد بحيث يعلم أنها معتدة ويبلغه خبرها .

وَامْرَأَةُ الأَمِيرِ الْمُعْتَدَّةُ لا يُخْرِجُهَا الْقَادِمُ فِيهَا .

يعـني : إذا طلق الأمير امرأته وهي في دار الإمارة فعـزل أو مات عنها وقدم آخر قبل انقضاء العدة فليس له إخراج زوجة الأمير السابق حتى تتم عدتها، ولم يجعلوا ما يستحقه الأمير من السكنى كالأجرة حقيقة ، فـإنهم لو جعلوها كذلك لما استحقت ما زاد على قدر الولاية ، وفي معنى زوجة الأمير زوجة القاضي إذا كان ساكناً في موضع القضاء .

وَفِي الْحَبْسِ حَيَاتَهُ تَسْكُنُ عِدَّتَهَا ، وَلَوْ خَمْسَ سِنِينَ لأَنَّهَا مِنْ أَسْبَابِ الْمَيِّتِ .

قوله : (**وَفِي الْحَبْسِ حَـيَاتَهُ**) أي : العمرى، وقوله : (**تَسْكُنُ عِـدَّتَهَا**) أي :سواء كانت عدة طلاق أو وفاة .

اللخمي : وقولهم في الطلاق ظاهر ؛ لأن حق المحبس عليه قائم لوجود حياته ، وأما المتوفى عـنها فاسـتحـسان لأن الأجل الذي أعطاه هو حـياة المحـبس عليه ، وقد انـقضى كالكراء إذا انقضى أجله إلا أن تكون هنا عادة .

وقول المصنف : (**وَلَوْ خَمْسَ سِنِينَ**) هكذا قال محمد .

اللخمي : وفيه ضرر على المحبس؛ لأنه لم يرد هذا ، ودار الإمارة الأمر فيها أوسع لأنها ليست لأحد .

بِخِلافِ سِنِينَ مَعْلُومَةٍ .

يعني : فليس لها أن تزيد عليها وهو ظاهر .

وَكَذَلِكَ حَبْسُ مَسْجِدٍ بِيَدِهِ ، وَقَالَ ابْنُ الْعَطَّارِ : لَيْسَ حَبْسُ مَسْجِدٍ بِيَدِهِ كَالْمُحَبَّسِ عَلَيْهِ...

يعني : فليس للإمام الجديد أن يخرجها في مدة العدة ، وهكذا قال ابن شبلون .

وذكر ابن عات أنه الذي جرى عليه العمل بقرطبة ، ولكن أكثر الشيوخ كعبد الحق والباجي وابن زرقون وابن رشد وغيرهم يقتصرون على ما قاله ابن العطار ويفرقون بينه وبين مسألة الأمير ، فمنهم من فرق بأن سكنى الإمام على معنى الإجارة بخلاف الإمارة، وإلى هذا ذهب عبد الحق[1] والباجي[2] وغيرهما ، ومنهم من قال: لأن أجرة الإمام مكروهة ، وإليه ذهب ابن المناصف ، ومنهم من قال: لأن امرأة الأمير لها حق في بيت المال، ودار الإمارة من بيت المال بخلاف دار المسجد ، وإليه ذهب ابن رشد.

وقال ابن زرقون : الذي قاله ابن العطار مقصور على ما إذا كانت الدار حبساً على المسجد حبساً مطلقاً ، وأما إن حبست على أئمة المساجد فإن الإمام إذا مات لا تخرج زوجته حتى تنقضي العدة كما في دار الإمارة .

خليل : وإنما يقصد الناس في زماننا هذا في أئمة المساجد الإجارة فيقوي قول ابن العطار، ولعل القول الأول مبني على الغالب من عادتهم في الزمان المتقدم من الاحتساب في ذلك .

وَلأُمِّ الْوَلَدِ ـ تُعْتَقُ ، أَوْ يَمُوتُ عَنْهَا ـ السُّكْنَى .

هذا مذهب «المدونة» .

وقوله : (**السُّكْنَى**) أي : مدة استبرائها بالحيضة ؛ لأنها في حقها كالعدة، وكذلك إن قلنا هي استبراء محض لأنها محبوسة بسببه .

---

(١) «النكت والفروق» (١/ ٢٥٩) .

(٢) «المنتقى» (٥/ ٢٢٥) .

وقال في «الموازية» : لا سكنى لأم الولد ولا عليها، وروى أشهب : ذلك لها ، وعليها من غير إيجاب .

وقال ابن القاسم : إن كانت حاملاً فلها السكنى إن أعتقها ، وإن لم تكن حاملاً فلا سكنى لها، هكذا حكى اللخمي ، وحكى غيره قولاً آخر بأن السكنى حق لها إن شاءت أخذته وإن شاءت تركته، قال : وقيل : تركها مكروه .

وَلَهَا فِي الْعِتْقِ نَفَقَةُ الْحَمْلِ وَالسُّكْنَى .

لو سكت عن قوله: **(وَالسُّكْنَى)** لكان أحسن؛ لأنه قد قدمه وكأن لها النفقة لأجل الحمل.

وفهم من قوله : **(وَلَهَا فِي الْعِتْقِ نَفَقَةُ الْحَمْلِ)** أنه ليس لها ذلك في الموت ، وكذلك نص عليه ابن القاسم وأشهب وأصبغ ؛ لأن الحمل وارث فلم تكن له نفقة كما لو توفي عن الزوجة حاملاً .

ابن عبد السلام : وحمل بعضهم على «المدونة» قولين في وجوب النفقة لها في الوفاة إذا كانت حاملاً، فقال ابن القاسم : لها النفقة، وقال غيره وهو عبد الملك : لا نفقة لها، وليس في لفظ «التهذيب» عندي ما يقتضي أن ابن القاسم يقول بوجوب النفقة لها فتأمله فيه، وقال ابن محرز : إذا كانت قد ولدت قبل ذلك من سيدها رجوت أن لا يختلف ابن القاسم وعبد الملك في أن لا نفقة لها .

وَلِلْمُرْتَدَّةِ نَفَقَةُ الْحَمْلِ وَالسُّكْنَى .

قال في «التهذيب»[(١)] : وللمرتدة الحامل النفقة والسكنى ما دامت حاملاً ، فإن لم تكن حاملاً لم تؤخر واستتيبت ، فإما أن تقتل أو ترجع إلى الإسلام فيكون ذلك طلقة بائنة ويكون لها السكنى .

وقال ابن اللباد: ليس لها السكنى إن لم تتب ، لأنها تسجن حتى تضع، فغير [البراذعي][(٢)] لفظها لما يعتقده من معناها ، ولفظه في «الأمهات»[(٣)] :قلت: أرأيت المرتدة

(١) «تهذيب المدونة» (١/ ٤٤٠) .

(٢) في ط : البرادعي .

(٣) «المدونة» (٥/ ٤٧٨) .

أيكون لها النفقة والسكنى إن كانت حاملاً ما دامت حاملاً؟ قال : نعم ؛ لأن الولد يلحق بأبيه فمن هناك لزمته النفقة، فقال بعضهم : إنما وقع ذكر السكنى في السؤال لا في الجواب ، وإنما أجاب عن النفقة فقط ، ألا ترى إلى تعليله بلحوق الولد ولم يجب عن السكنى إذ هي محبوسة على ما قاله ابن اللباد، واختصرها المختصرون على أن النفقة والسكنى لها لقوله : نعم في أول الجواب بعد السؤال عنها، وقيل : معنى هذه السكنى أنه غفل عن سجنها .

عياض : وقد يقال ذلك إذا كان الموضع الذي يعتقل فيه يطلب عندهم كراؤه .

فرع :

اللخمي: إذا قال الزوج: حاضت قبل الردة وألم أصبها استتيبت، فإن تابت وإلا قتلت.

وإن قال الزوج: لم تحض بعد أن أصبتها وأشكل أمرها هل هي حامل أم لا كان من حق الزوج أن تؤخر حتى تحيض أو تمر لها ثلاثة أشهر من يوم أصاب ، فإن لم يظهر حمل قتلت ، وهذا لحق الزوج في الماء ، فإن أسقط حقه في ذلك ولم يمض للإصابة أربعون يوماً لم تؤخر ؛ لأن الماء حينئذ لم يخلق منه ولد ، وإن مضى له أربعون يوماً لم يعجل بقتلها لإمكان أن يكون الولد قد صار علقة ، فلا يجوز قتلها حينئذ كما لا يجوز للأم أن تشرب ما تسقطه به . ولو زنت ولا زوج لها رجمت إذا لم يمض لها أربعون يوماً ولا تؤخر ، فإن مضى لها أربعون يوماً أخرت حتى يظهر أمرها ، وإن أخرت الزوجة حتى ينظر هل هي حامل لم يكن على الزوج في ذلك نفقة عند ابن القاسم ؛ لأن ارتدادها طلقة بائنة ، ولا عند أشهب وعبد الملك وإن كانا يريان أن الطلاق مترقب ، فإن أسلمت كانت على الزوجية من غير طلاق ؛ لأنها فعلت فعلاً منعت به نفسها ، فإن تبين حمل أنفق في المستقبل وأتبعته بالماضي ، وتبيت في بيتها على القول بأن الارتداد طلاق ويتحفظ بها فيه ، وعلى القول أنه فسخ أو مترقب فإن رجعت إلى الإسلام كانت على الزوجية ، فيستحب نقلها إلى موضع تعتد فيه .

وَكَذَلِكَ كُلُّ مَنْ تُحْبَسُ بِسَبَبِهِ فِي السُّكْنَى ، وَنَفَقَةُ الْحَمْلِ كَفَسْخِ النِّكَاحِ لِإِسْلَامِ أَحَدِهِمَا بَعْدَ الْبِنَاءِ ، وَكَمَنْ نَكَحَ مَحْرَماً وَلَمْ يَعْلَمْ وَبَنَى ...

هكذا في «المدونة»(١) أن كل امرأة حبست بسبب شخص في عدة أو استبراء لها

(١) «المدونة» (٥/٤٧٩) .

السكنى ، وإن حصل حمل كانت لها نفقته .

وليس ما قاله في النفقة على إطلاقه ، فإن حمل الأمة من حر أو عبد ، وحمل الحرة أو الأمة من عبد لا نفقة له ، وكذلك حمل الملاعنة ، وضابطه كل حمل لو وضعته وجبت نفقته على أبيه فلها عليه النفقة وإلا فلا .

وذكر المصنف للضابط الذي ذكره ثلاثة أمثلة :

الأول : إذا فسخ النكاح لإسلام أحد الزوجين بعد البناء فإنه يجب للمرأة السكنى ونفقة الحمل إن كان ، وقوله : (**بَعْدَ الْبِنَاءِ**) يعني: وأما قبله فلا لعدم العدة .

الثاني : إذا نكح محرماً ولم يعلم وبنى فإن لها السكنى في مدة الاستبراء ونفقة الحمل إن كان، وقيد ذلك بعدم العلم لتتم الشبهة وإلا فلو كان عالماً وهي لم تعلم كان لها أيضاً عليه السكنى ولم يكن لها عليه نفقة الحمل بعدم لحوق الحمل .

ثم أشار إلى المثال الثالث بقوله :

وَفِي الْغَالِطِ بِغَيْرِ الْعَالِمَةِ ذَاتِ زَوْجٍ قَوْلاَنِ .

ابن هارون وابن راشد : لم أقف على ما حكاه المصنف .

وقال ابن عبد السلام : يعني إذا غلط بامرأة أجنبية يظنها زوجته أو أمته فوطئها فلا حد عليه ، وتستبرأ الحرة بثلاث حيض فإن حملت منه كان لها عليه النفقة والسكنى ، ولا أعلم في هذا خلافا في المذهب، وظاهر كلام المؤلف أنه مختلف فيه فانظره . واختلف المذهب إذا لم تحمل وكانت زوجاً لآخر هل تجب نفقتها على نفسها أو على واطئها ؟

وَلاِمْرَأَةِ الْمَفْقُودِ خَبَرُهُ دُونَ امْرَأَةِ الأَسِيرِ أَنْ تَرْفَعَ أَمْرَهَا إِلَى الْحَاكِمِ فَيُؤَجِّلُ الْحُرُّ أَرْبَعَ سِنِينَ ، وَالْعَبْدُ سَنَتَيْنِ مُنْذُ يَعْجِزُ عَنْ خَبَرِهِ بَعْدَ الْبَحْثِ ، ثُمَّ تَعْتَدُّ كَالْوَفَاةِ...

فقد الشيء عدمه ، ومراده المفقود في بلاد المسلمين احترازاً من الأسير فإن حكمه سيأتي، ومعنى كلامه أن لامرأة المفقود أن ترفع أمرها سواء كانت مدخولاً بها أم لا إلى الحاكم، وأطلق في (**الْحَاكِمِ**) فيشمل الخليفة ووالي البلد والقاضي .

قال في «المدونة»(١): ويجوز ضرب ولاة المياه وصاحب الشرطة الأجل للعنين والمفقود.

---

(١) «تهذيب المدونة» (١/٣٣٦) .

أبو الحسن : والمراد بولاة المياه: السعاة؛ لأنهم يبعثون عند حصول المياه .

القابسي وأبو عمران : وإن كانت في موضع لا حاكم فيه رفعت أمرها إلى صالحي جيرانها وكشفوا عن خبر زوجها وضربوا لها الأجل ؛ لأن فعل الجماعة كحكم الإمام.

وقال سحنون : لا يجوز كتاب ولاة المياه إلى قضاة الأمصار الكبار من سائر البلدان، وأنكر ما ذكر عن مالك أن والي المياه يضرب أجل المفقود وهو لا يضرب إلا بعد أن يكتب إلى البلدان، وولاة المياه لا يجوز أن يكتبوا إلى البلدان، فعلى هذا قيل: لا يضرب لها الجيران .

اللخمي : والمعروف من المذهب أن الكشف عن خبره إلى سلطان بلده وإن تولى ذلك بعض ولاة المياه ، والمفقود منهم أجزأ .

وقال أبو مصعب: لا يجوز في ذلك حكم سلطان إلا الخليفة الذي تمضي كتبه في الدنيا .

ابن عبد السلام : وجعله بعضهم كقول سحنون : وقال ابن الماجشون : إذا كان الإمام الأعظم حاضراً لم يضرب غيره، وقال غير واحد : إذا رفعت المرأة أمرها إلى الحاكم كلفها إثبات الزوجية والغيبة ، فإذا أثبت ذلك سأل زوجته وأقاربه وإخوانه وأهل محلته وسوقه ، فإن كان عندهم علم أنه كان يريد بلداً كتب إلى ذلك البلد الذي كان يظن أنه فيه، وإلا كتب إلى بلد الجامع إن لم يظن أنه في بلد بعينه ويعرفه في كتابه باسمه وصفاته ومتجره ، ويكتب هو إلى نواحي بلده ، وإن كان مطلوباً بدم أو آبقاً لم يقتصر في الكتب على الجهة التي خرج إليها ؛ لأن هذا ينتقل ولا يستقر في بلد بعينه ، فإذا جاء الجواب بعدم العلم ضرب له الأجل وهو أربعة أعوام للحر، واختلف في العبد ، فالمشهور ما ذكره المصنف أن أجله نصف أجل الحر كالإيلاء والطلاق .

ابن عبد السلام : وقيل : أجله كالحر .

خليل : وتنصيف الأجل هنا وفي الاعتراض والإيلاء مشكل ، والأظهر الشاذ في الجميع .

وقوله :(**مُنْذُ يَعْجِزُ عَنْ خَبَرِهُ**) هو المشهور .

وقال ابن عبد الحكم : من يوم الرفع ، وعليه فلا يكتب إلى البلدان ويضرب له الأجل

إذا ثبتت الزوجية والغيبة، وقاله ابن عبد الحكم، وزاد : إلا أن يبلغ سن التعمير، والأصل في التحديد بالأربع سنين ما في الموطأ [١] عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قال : « أيما امرأة فقد زوجها فلم تدرِ أين هو فإنما تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشر ثم تحل».

عبد الوهاب[٢] : وأجمع الصحابة عليه؛ لأنه روي أيضاً عن عثمان وعلي وجماعة من التابعين ولم يعلم لهم في عصر الصحابة مخالف . قيل : وحد بالأربعة لأنها غاية الحمل، وقيل: لأنها المدة التي تبلغها الكتابة في بلدان الإسلام ذهاباً وإياباً، وقيل : لا علة لذلك إلا الاتباع لقول عمر .

اللخمي : وهو أحسن، واستضعف الأول لقول مالك : إنها لو أقامت عشرين سنة فإنها تستأنف الأجل، ولقولهم: إذا كانت الزوجة صغيرة أو الزوج صغيراً أنه يضرب له الأجل وليس هناك ما يخشى منه الحمل ، وكذلك إذا كانت يائسة ، ولأنه لو كان مبنياً على أكثر الحمل لاختلف فيه على الخلاف .

واستضعف أيضاً الثاني لقول مالك: إنها تستأنف الأربعة من بعد الإياس، وقيل: إنما ضرب له أربعة أعوام؛ لأنه جهل إلى أي ناحية سار من الأربع جهات، وهذا لا معنى له.

وقوله : (**ثُمَّ تَعْتَدُّ كَعِدة الْوَفَاةِ**) لقول عمر المتقدم .

ابن عبد السلام : ومن أهل المذهب من ألزمها أقصى الأجلين ، وأجراه بعضهم على الخلاف في لزوم الإحداد ولم يبينوا هل هي حيضة واحدة، وهذا إن أراده فقريب كما تقدم في الذي علمت وفاته أو هي ثلاث حيض ، ولا يحتاج إذا انقضى الأجل إلى إذن الإمام لها في العدة ولا بعد انقضائها إلى إذنه في التزويج .

عبد الوهاب[٣] : لأن إذنه حصل بضرب الأجل .

تنبيه :

ما تقدم من أن العبد الآبق والمطلوب بدم لا يقتصر في حقهما على الكتب إلى جهة واحدة، يدل على أن حكمهما حكم المفقود ، وقد نص محمد على ذلك، وكذلك قال

---

(١) أخرجه مالك (١١٩٥) .

(٢) «المقدمات» (١/ ٥١٨) .

(٣) «المقدمات» (١/ ٥١٨) .

مالك فيمن أخذ متاع زوجته وهرب: إنه يضرب له أجل المفقود .

وقال اللخمي : أرى أن يطلق على هؤلاء عند رجوع الكشف بعدم العلم بخلاف المفقود لأنهم فروا اختياراً ، ومعلوم أنهم قاصدو التخلف عن الرجوع وحالهم بين ميت ومختار للإقامة .

فرعان :

الأول : إنما ضرب له الأجل المتقدم إذا كان له مال ينفق عليها منه وإلا فحكمها حكم زوجة المعسر بالنفقة .

الثاني : إذا غاب عن أم الولد سيدها وطلبت أن يضرب لها أجل لم تمكن من ذلك ، وتبقى إلى انقضاء تعميره فتعتق عليه، نقله ابن راشد .

فَإِنْ جَاءَ أَوْ ثَبَتَتْ حَيَاتُهُ قَبْلَ تَزْوِيجِهَا فَامْرَأَتُهُ ، وَبَعْدَ الدُّخُولِ لِلثَّانِي ، وَفِي رُجُوعِ الأَوَّلِ غَيْرِ الدَّاخِلِ بِنِصْفِ الصَّدَاقِ رِوَايَتَانِ وَقَبْلَ الدُّخُولِ قَالَ مَرَّةً : الْعَقْدُ فَوْتٌ ، ثُمَّ رَجَعَ...

يعني : أن الحكم نافذ لها ما لم يتبين خلافه ، وأما إن تبين خلافه فذلك على أربعة أوجه:

الأول : أن يجيء أو تتبين حياته وهي إلى الآن في العدة ، فلا خلاف أنها زوجته .

الثاني : أن يتبين ذلك بعد خروجها من العدة وقبل أن يعقد عليها ، فالمعروف من المذهب عدم فواتها كالأول .

وذكر ابن عيشون الطليطلي عن ابن نافع : أنها تفوت .

قال في «المقدمات»(١) : وهو بعيد ؛ لأن الحاكم إذا حكم باجتهاد ثم تبين له أو لغيره أنه أخطأ في حكمه خطأ متفقاً عليه نقض ذلك الحكم بإجماع، فلو قيل على قياس هذا إنها له ولو دخل بها الزوج الثاني كالمنعي لها زوجها لكان له وجه في القياس ، ولكنهم لم يقولوا ذلك ، فأين هذا من قول ابن نافع ، إلا أنه يشبه ما روي عن مالك فيمن خرص

---

(١) «المقدمات» (١/ ٥١٩) .

الخارص عليه في نخلة أربعة أوسق فوجد فيها خمسة أنه يعمل على ما خرص .

أبو عمران : وتآليف ابن عيشون مختلفة ، ونقله ضعيف، وروى اللخمي مثل قول ابن عيشون ، قال : لأن الحاكم أباحها للأزواج مع إمكان حياته ، وما كشف الغيب أكثر مما كان يظن .

وقول المصنف: (فإن جاء أو ثبتت حياته قبل تزويجها فامرأته)، يشمل هذين الوجهين.

الوجه الثالث: أن يدخل بها الثاني والحكم أنها تفوت على الأول وتكون للثاني، وإلى هذا أشار بقوله : وبعد الدخول للثاني .

اللخمي : ولم يختلف قول مالك: إن الدخول فوت، وخرج فيها قول بعدم الفوت بالدخول على أحد القولين في النصرانية تسلم وزوجها غائب ، فإن ابن الماجشون قال : إن ثبت أنه أسلم قبلها أو بعدها في العدة كان أحق بها وإن ولدت من الثاني .

ابن راشد : وفيه نظر ؛ لأن امرأة المفقود اجتهد لها الحاكم بعد الكشف وضرب الأجل وأذن لها في النكاح بخلاف النصرانية تسلم .

فرع :

فإن دخل بها الثاني في نكاح فاسد فالأول أحق بها إن فسخ بغير طلاق لا إن فسخ به، نص عليه الباجي وغيره .

قوله : (وَفِي رُجُوعِ الأَوَّلِ غَيْرِ الدَّاخِلِ...إلخ) .

اعلم لولا أنه اختلف إذا فقد الزوج قبل البناء وضرب الحاكم الأجل ، وفرق بينهما سواء تزوجت أم لا ، فعن مالك أنها تعطي جميع الصداق ، وبه قال سحنون .

ابن بطال : وبه القضاء .

وفي الجلاب[١] : إنها تعطى نصف صداقها فقط ، فإن ثبتت بعد ذلك وفاته أكمل لها صداقها ، وكذلك إن مضى عليها من السنين ما لا يحيى إلى مثله، وقاله عبد الملك وابن دينار .

(١) «التفريع» (٢/ ١١٩) .

وقال جماعة : إن لم تكن قبضته لم تعط إلا نصف صداقها ، وإن كانت قبضته لم ينزع منها، وقيل : لا تأخذ النصف إلا بعد إلزامه الطلقة ، وذلك عند عقد الثاني أو عند دخوله على الخلاف .

ابن محرز : والقياس أن يكون لها النصف إلا على مذهب من يرى أن المرأة تستحق الجميع بالعقد . وعلى أنها تأخذ الجميع فقال مالك : يعجل لها المعجل ويبقى المؤجل إلى أجله .

وقال سحنون : بل يعجل لها الجميع .

ومنشأ الخلاف: أن هذه المرأة فيها شائبتان ، شائبة الموت بدليل أنها تعتد عدة الوفاة ، وشائبة الطلاق بدليل أن دخول الثاني يوقع على الأول طلقة ، فمن غلب الشائبة الأولى أوجب لها الجميع ، ومن غلب الثانية لم يوجب لها إلا النصف .

وكلام المصنف مبني على القول بأنها لا تأخذ الجميع ؛ لأن ذكره الخلاف في رجوع الأول بنصف الصداق فرع عن أخذها الجميع .

والروايتان اللتان حكاهما المصنف حكاهما ابن الجلاب[1] وهما مرويتان عن ابن القاسم ، والذي رجع إليه: أنها لا ترد شيئاً كالميت، والمعترض بعد التلوم ، قيل : وبه العمل لأنه حكم مضى .

وقال ابن راشد : الأول أصح، وهو اختيار اللخمي؛ لأنه طلاق قبل الدخول ، والفرق بينه وبين المعترض: أن المعترض قد استمتع بها وأخلف شورتها .

الوجه الرابع : أن تتبين حياته أو موته بعد عقد الثاني وقبل دخوله ، ففيه القولان اللذان حكاهما المصنف بقوله : **(قَالَ مَرَّةً : الْعَقْدُ فَوْتٌ ، ثُمَّ رَجَعَ)** وبالفوات قال المغيرة وابن كنانة وابن دينار ، وبعدمه قال ابن القاسم وأشهب .

قال في «الكافي»[2] : المرجوع إليه أصح من طريق الأثر ، وليست مسألة نظر؛ لأنا قلدنا فيها عمر رضي الله عنه .

---

(١) «التفريع» (٢/ ١١٩) .

(٢) «الكافي» (ص/ ٢٦٠) .

فرع :

أبو عـمـران : وإذا اعتدت أو مضى بعض العدة لم يكن لهـا أن ترجع إلى عصمته ، وقد وجبت عليهـا العدة والإحداد ، فليس لها أن تسقط ما وجب عليها بـاختيارها ، وأما في الأربع سنين فلها ذلك؛ لأنها لم تجب عليها عـدة، قال : ومتى رجعت بعد ذلك ابتدأ لها الضرب .

أبو بكر بن عبـد الرحمن : وإذا ضرب لـها الأجل واعتـدت ثم أرادت أن تبقى على عصمة المفقـود فليس لها ذلك ؛ لأنها قد صارت مباحة للأزواج فـلا حجة لها أن لو قدم كان أملك بها لأنها إنما أمرت بالعدة للفراق فتجري على ذلك حتى تظهر حياته ، ألا ترى أنها لو ماتت بعد العدة لم يوقف له منها ميراث ، وإن كان لو علمت حياته ردت إليه .

وَعَلَيْهِمَا لَوْ ثَبَتَ مَوْتُهُ بَيْنَهُمَا ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَهُمَا فَإِنَّهَا كَغَيْرِهَا .

يـعنـي : وعلى القولين في فواتهـا بالعقد إذا ثبت أنه مات بينهما ؛ أي : بـعد العقد وقبل الدخول، فإن قلنا: إن العقد مفيت مضت زوجة للثاني ، وإن قلنا: ليس بفوت فسخ لأنه تزوج زوجـة الغيـر، وبالجملة مـوته كقـدومـه بخلاف مـا لو ثبت موته قـبل العقـد والدخول، فإن هذه المرأة كغيرها من النساء ، فإن عـقد الثاني بعد خروجها من عدة الأول صح نكاحه، وإن عقد قبل خروجها من العدة فهو كالنكاح فيها ، وإليه أشار بقوله :

وَفِـيهَـا: لَوْ ثَبَتَ أَنَّ الْعَقْـدَ وَقَعَ فِي عِـدَّةِ مَوْتِ الأَوَّلِ فَنِكَاحٌ فِي عِـدَّةٍ يُفْسَخُ ، وَتَحْـرُمُ بِالدُّخُولِ أَبَدًا...

تصوره ظاهر .

وقوله : (**وَتَحْرُمُ بِـالدُّخُولِ**) أي : في العدة، وأما لو لم يدخل إلا بعد العدة لجرى على الخلاف المتـقدم في باب النكاح، ولعل المصـنف نسب المسألة «للمدونـة» لإشكالها ، وذلك أن الزوج الثاني اسـتند في عقده إلى حكم حـاكم فلم يستعجل وليس هنا اخـتلاط أنساب فكان تأبيد التحريم مشكلاً ، ولهذا روى البرقي عن أشهب: أنه إذا دخل بها الثاني في عدة الأول لم يفسخ نكاحه وثبت ولم تحرم عليه .

ابن المواز : ولو دخل بها الثاني ثم علم أن المفقود مات قبل دخول الثاني فنكاح الثاني مفسـوخ؛ لأنه كالناكح في العدة ؛ إذ مـر لها زمان العدة وهي مـعقود عليهـا كالرامي من

الحل تخرق رميته الحرم ويصيب في الحل .

ابن يـونس : وقد تقدم لابن المواز ما يدل على خـلاف هذا ، قال : إذا اعتدت المنعي لهـا زوجهـا وتزوجت ودخل بها، ثم تبين أن الأول مـات بعد عـقد الثـاني وقبل دخـوله فليفرق بينهـما ويؤمر بالتورع عنها ، وهي أخف ممن نـكح في العدة ودخل بعدها ، وهي كمن واعد في عـدة ونكح بعدها ؛ لأنه عقد نكاحـها وهي ذات زوج فعقده كـلا عقد ، فليتنزه عنها أحب إلي.

ابن يونس : وما تقدم أقيس لأنه عقد لو قدم بعد الدخول فيه لم ترد إليه وليثبت ذلك العقد، وإن كـانت يوم العقد ذات زوج، فإذا مات الأول قـبل دخول الثاني فقد صادفـتها العدة وهي معـقود عليها فـهي كمن عقد في العـدة ودخل بعدها ، أصله الرامي من الحل تخرق رميته الحرم ثم يصيب في الحل ، والله أعلم .

وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ مَاتَ قَبْلَ الْعَقْدِ وَرِثَتْهُ ، وَبَعْدَ الدُّخُولِ لَمْ تَرِثْهُ ، وَفِيمَا بَيْنَهُمَا الْقَوْلاَنِ .

لأنه إذا مات قبل العـقد فهي زوجة ، ويأتي على مـا حكي عن ابن نافع أنها لا ترثه إذا خرجت من العدة ، فإذا أثبت أنه مات بعد دخول الثاني فليست له زوجة ؛ لأنها فاتت على الأول بالدخول، وإن مات بعـد عقد الثاني وقبل دخوله فالـقولان ، فعلى الفوات لا ترث منه ، وعلى مقابله ترث .

اللخـمي : وإن جهلت التواريخ وقد دخل الثاني لم يفسخ نكاحه ولم ترث الأول ؛ لأنه لا يفرق بينها وبين الثاني بالشك ، ولا ترث الأول أيضاً بالشك .

وَعَلَى الثَّانِي : لاَ يَقَعُ الطَّلاَقُ إِلا بِالدُّخُولِ .

يعني : وعلى قول مالك المرجوع إليه من أنها لا تفوت إلا بالدخول لا يقع طلاق على الأول إلا بدخول الثاني ، وأما على الفوات بالعقد فالطلاق يقع بنفس العقد ، ابن رشد ، واختلف متى تقع الطلقة عليه ، فقيل : إنهـا تقع عليه بالدخول أو بالعقد على الاختلاف في ذلك ، وقيل : إنمـا تقع عليه يوم أبيـحت للأزواج ويكشف ذلك العقـد أو الدخول، وفائدة هذا الاختلاف ، لو كان هذا الأول طلقها اثنتين ثم تزوجت وقدم زوجها الأول بعد أن دخل بهـا هذا الثاني ، هل يحلهـا هذا الزوج للقـادم أم لا؟ والظاهر: أنها تحل بفـراغ

العدة، ولو كان الطلاق إنما يقع بعقد الثاني أو بدخوله لكان نكاحه فاسداً .

وَلَوْ طَلَّقَهَـا الثَّاني بَعْـدَ الدُّخُول وَكَانَ الأَوَّلُ طَلَّقَـهَا اثْنَتَيْنِ لَحَلَّـتْ لَهُ ، أَصْبَغُ : لاَ تَحِلُّ بِذَلِكَ لأَنَّهَا لَمْ تُنْكَحْ بَعْدَ الطَّلاَقِ ، وَرَدَّهُ اللَّخْمِيُّ .

يـعـــني : لو كان المفقـود طلقها طلقتين قبـل فقده ثم فقد وأباح لهـا الحاكم التزويج وتزوجت ثم طلقهـا الثاني بعد دخوله ، فـهل تحل للمفقود قبل زوج وهـو قول مالك وبه قـال أشهب ، وقـال أصبغ : لا تحل ، وصـوبه أبو عمـران بما حكاه المصنف عن أصـبغ بقـوله: (**لأَنَّهَا لَمْ تُنْكَـحْ بَعْدَ الطَّلاَقِ**) يعني: أن الطلقة الثانيـة إنما تقع بدخول الثاني ولم يحصل بعـدها نكاح وحليتهـا موقوفة على حـصول نكاح بعد الثـلاث ، ورده اللخمي بما تقدم من أن الظاهر: أن الطلاق وقع قبل العقد وقبل الدخول وإلا لزم فساد النكاح .

فرع :

محـمد : ولو قدم المفقود بعد أن خلا بها الثـاني ، فقال للأول : ما قربتها ؛ لحرمت على الثاني؛ لأنه أقر أنها زوجة للأول ، ولم تحل للأول لظهـور الإفاتة إلا أن يخطبها بعد ثلاث حيض، وجعل اعـترافه كالطلاق ، وإن لم يطلق فتـحل لذلك الزوج ولا تحل لغيره وإن اعترفت أن الثاني لم يصبها لأنها مقرة أنها زوجة للأول ، وإن ادعت أنه أصابها حلت له ولغيره؛ لأنه يعد ذلك منه طلاقاً ، وإن أنكرت أن يكون أصابها ولم يصدقها الأول ولا راجعها كان لها أن ترفع أمرها إلى السلطان فـيطلقها على الأول لأنها تقول : لا أبقى بغير نفقة ؛ ولو أنفق عليها لكان لها أن تقوم بعدم الإصابة لأن إنكار الأول أن تكون صدقت ؛ وقوله أولاً : لا علم عندي لا يكون طلاقاً .

وَالَّتِي تَعْلَمُ بِالطَّلاَقِ وَلاَ تَعْلَمُ بِالرَّجْعَةِ كَذَلِكَ .

يـعـني : أن من طلق امرأته طلاقاً رجـعيا فاعتدت وتزوجت غـيره ، فأثبت هو أنه ارتجعهـا قبل نكاح الثاني فكذلك ، أي إن اطلع على ذلك قبل دخـول الثاني فالأول أحق على قـول مالك ، الثـاني : وإن دخل فالثـاني أحق بها ، ورأى اللخـمي أنها لا تـفوت بالدخول ، وفرق بينها وبين امرأة المفقود بأن هذه لم يكن فيها قضية من حاكم .

وفي قـوله : (**كَـذَلِكَ**) إشارة إلى إجراء حكم هذه المسألة على المتـقدمة في الميراث،

وبذلك صرح في «المدونة»[١] ، عبد الملك : وهذا إذا أقام بينة أنه ارتجع قبل عقد الثاني ، وأما قوله بعد عقد الثاني ارتجعت قبل عقده فلا يقبل .

مـــالك : وإن كان حاضـراً فلم يعلمها برجعتـه ورآها تزوجت ودخلت فإنها تمضي زوجة .

اللخـمي : وليس ببين؛ لأنه لو رأى أن الزوجة تزوجت ولم ينكر عليها لم يكن ذلك طلاقاً .

ابن عـبد السـلام : وكلام اللخمي ظاهر إن قـامت له بينة أنه ارتجع قبل ذلك ، وهو الذي أراد كما قاله عبد الملك .

خليل : وقد يجري ما قاله مالك في هذه المسألة على أحد الأقوال فيمن باع زوجته أو زوجها إلا أن يقال: إنه إذا باعها أو زوجها فعل فعلاً محققاً يدل على تمليكها لغيره بخلاف هنا فإنه سكت وهو أضعف .

وَأَمَّا الْمَنْعِيُّ لَهَا زَوْجُهَا تَتَـزَوَّجُ فَيَقْدمُ فَلَيْسَتْ كَامْرَأَةِ الْمَفْـقُودِ عَلَى الْمَشْهُورِ ؛ بَلْ تُرَدُّ وَلَوْ وَلَدَتِ الأَوْلاد إِذْ لاَ حُجَّةَ لَهَا بِاجْتِهَادِ الإِمَامِ...

عياض : يقول الفقهاء : المنعى بضم الميم وفتح العين ، وهو عند أهل العربية خطأ ، وصوابـه عندهم المنعِيُّ بفتح الميـم وكسـر العين وتشديد اليـاء ، وهي التي أخبـرت بموت زوجها فاعتمدت على الأخبار وتزوجت ثم قدم زوجها ، فالمشهور وهو مذهب المدونة أنها ترد إلى الأول ، والفرق بينها وبين المفقـود عنها ما ذكره المصنف بقوله : (**إِذْ لاَ حُجَّـةَ لَهَا بِاجْتِـهَادِ الإِمَامِ**) ، وقال القاضي إسماعيل ، وأبو عمـران: إنها كامرأة المفقود في اختلاف قول مالك ، وتتنزل البـينة منزلة حكم الحاكم لامرأة المفقود هكذا ذكـر هذا القول صاحب «تهـذيب الطالب» ، وظاهره: أنه يختـلف إذا عقـد عليهـا الثاني ولم يدخل ، وقـال ابن راشد: إن لم يدخل الثاني بها فهي للأول اتفاقاً ، قال : وفي المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : أنها تفوت بالدخول ، قاله مالك في كتاب القاضي إسماعيل .

والثاني : أنها لا تفوت وترجع إلى الأول وهو قول محمد ، وسواء حكم بموته حاكم

---

(١) المدونة» (٥/ ٤٥٢) .

أم لا ، وهو المشهور .

وثالثها : التفرقة فإن حكم بموته حاكم فاتت وإلا لم تفت ، قاله القاضي إسماعيل .

ابن عبد السلام : والأقرب أن البينة إن كانت رفعت إلى القاضي فقبلها أو عدلت عنده فهي كامـرأة المفقود ، وإن كانت اعتـمدت هي على أخبار البينة دون رفـع القاضي فليست كامرأة المفقود ، وإذا فرق بينهـا وبين الآخر على المشهور ، ففي «المدونة»[1] : لا يقربـهـا الأول حتى تحيض أو تضع حملها إن كانت حاملاً ، وتعتد في بيتها الذي كانت تسكن فيه مع الآخر ويحال بينه وبين الدخول عليها .

عـيـاض : ولا إشكال في منع مائه زرع غيـره ، وأما ما عداه من الاستمتـاع فمباح؛ لأنها زوجته ، وإنما حبست عنه لأجل اختلاط النسبين كما لو استبرأها من زنا أو غصب ، وبدليل لو كانت المغـصوبة ظاهرة الحمل من زوجهـا لجاز له وطؤها إذ الولد ولده عند ابن القاسم وغيره ، وكرهه أصبغ كراهة تنزيه لا تحريم .

أَبُو عِمْرَانَ : وَلَوْ ثَبَتَ مَـوْتُهُ عِنْدَهَا بِرَجُلَيْنِ فَتَزَوَّجَتْ ، وَلَمْ يَظْهَرْ خِـلافُهُ لَمْ يُفْسَخْ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَا غَيْرَ عَدْلَيْنِ أَوْ لَمْ يُعْلَمْ إِلاَّ بِقَوْلِهَا فَإِنَّهُ يُفْسَخُ إِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ عَلَى الصِّحَّةِ حُكِمَ بِهِ، وَفُسِخَ كُلُّ عَقْدٍ بَعْدَهُ .

قوله فيما نقل عن أبي عمران (**فَتَزَوَّجَتْ**) لا يؤخذ منه جواز ذلك ابتداء ، ونقل عنه ابن يونس وغيـره: أنه يجوز لها أن تتزوج بخـبر العدلين وليس عليهـا أن ترفع إلى الحاكم ولا يفسخ .

أبو عـمران : وإنما يفسخ إذا كانت البينة غير عدول أو لم يعلم ذلك إلا من قولها؛ إذ ليست على صحة من استباحتها .

قوله: (**ثم إِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ**) أي: النكاح المفسوخ (**وَقَعَ عَلَى الصِّحَّةِ**) لثبوت موت الزوج الأول أو طلاقه أو انقضاء العدة منه ، فـإن هذه المرأة ترد إلى الذي فسخ نكاحه ويفسخ ما بعد ذلك ولو تعددت الأنكحة ، وإلى ذلك أشار بقوله : (**وَفُسِخَ كُلُّ عَقْدٍ بَعْدَهُ**) .

ابن عبـد السلام : وليس هذا مـوضع قوله: (**كُلُّ عَقْـدٍ بَعْدَهُ**) وإنما يحســن مثل هذه العبارة في البيوع ، أي: لأنها لا تكون إلا في عصمة زوج، فكان ينبغي أن يقول : وفسخ

(١) «المدونة» (٥/٤٥٣) .

ما بعده.

وَكَذَلِكَ لَوْ تَزَوَّجَتِ امْرَأَةُ الْمَفْقُودِ فِي الْعِدَّةِ ، ثُمَّ ثَبَتَ أَنَّهُ وَقَعَ عَلَى الصِّحَّةِ فَقِسْ عَلَيْهِ.

هذا أيضاً من كلام أبي عمـران ، ومعناه إذا تزوجت امـرأة المفـقود في أثناء العـدة ففسخناه، ثم ثبت أن المفقود عنها انقضت عدتها منه إما من وفاة أو طلاق قبل أن يتزوجها الثاني فإنا نردها إلى الثاني ولو تزوجت زوجاً ثالثاً ودخل بها كالمنعي لها زوجها .

فرع :

لو تزوجت في العدة ففسخناه حـرمت على الثاني إلا أن يثبت أن الأول حي فلا تحرم عليه .

محمد : لأنها صارت زوجة للمفقود بغير طلاق ولا وفاة .

وقـوله : **(فَقِسْ عَلَيْهِ)** أي: قس على هذه المسألة والتي قبلها مـا يشبهها في المعنى، كما لو تزوجت امرأة المفقود في الأربعة أعوام وفسخ ثم ثبت أنه على الصحة .

وَسُئِلَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ نِسَاءِ مَفْقُودٍ رَفَعَتْ وَاحِدَةٌ مِنْهُنَّ كَمَا تَقَدَّمَ فَتَفَكَّرَ ثُمَّ قَالَ : أَرَى إِنْ ضُرِبَ الأَجَلُ لِلْوَاحِدَةِ ضُرِبَ لِجَمِيعِهِنَّ...

زاد يحيى بن عمرو ـ وهو راوي هذه المسألة عن ابن القاسم ـ: وأبى سائرهن .

وكذلك نقل ابن شاس[1] ، وهو أحسن من كلام المصنف لاحتمال كلام المصنف أن يكون سائر النساء سكتن ، وحكى ابن الفخار وابن يونس عن مالك مثله .

بعض القـرويين : كما أن تفليس الـواحد للمديان تفليس لسائر الغـرماء، وقال أبو عمران: ليس ضـرب القاضي الأجل لواحدة ضرب لجـميعهن بل حـتى ترفع كل واحدة، قال: ولا يـحتاج إلـى الكشف للمرأة الثـانية لأنه قـد كشف أول مـرة، ابن يونس: وهو واضح .

وَالنَّفَقَةُ فِي مَالِهِ فِي الأَجَلِ دُونَ الْعِدَّةِ .

لها النفقـة في الأجل لأنها محكوم لها بحكم الزوجـة ، وأما في العدة فلا نفـقة لها لأنها عدة وفاة ، ولا نفقة للمتوفى عنها .

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٥٩) .

ابن عبد السلام : فإن قلت: وقد قيل: إنها عدة طلاق ، وقد تقدم عن «المدونة» وغيرها أن دخول الثاني طلاق ، فينبغي أن ينفق عليها في تلك العدة ، قيل : ولو سلم أنه طلاق لكان طلاقاً أوقعه القاضي ، والأصل فيه البينونة .

وفي هذا الجواب نظر ، والأولى منع كون الفرقة طلاقاً حقيقيا لإيجابهم عدة الوفاة ، وأصل المسألة مشكل فلذلك أشكلت الفروع المبنية عليها .

وظاهر كلام المصنف أن النفقة واجبة للمدخول بها وغيرها ، وكذلك أطلق في «المدونة»[1] كالمصنف ، وقال المغيرة : لا نفقة لغير المدخول بها إلا أن يكون فرض لها قبل ذلك .

قال في «المقدمات»[2] : والصواب أن لها النفقة؛ لأنها كزوجة الغائب .

ولم يختلف أن من غاب عن زوجته قبل دخوله بها أن لها النفقة ، وإنما اختلف في الغيبة القريبة ، وظاهر ما في سماع ابن القاسم من كتاب طلاق السنة: أن لها النفقة إذ لم يفرق فيه بين قرب الغيبة وبعدها .

فَإِنْ ثَبَتَ أَنَّهَا أَخَذَتْ شَيْئًا بَعْدَ وَفَاتِهِ رَدَّتْهُ وَكَذَلِكَ أَوْلادُهُ .

يعني : فإن ثبت بعد أخذها النفقة أنها أخذت شيئاً بعد وفاة المفقود ردته لأنها أخذت ما لا يجب لها؛ إذ النفقة تسقط بالموت ، وكذلك قوله : (**وَكَذَلِكَ أَوْلادُهُ**) يعني : إن ثبت أنهم أخذوا شيئاً بعد وفاته ردوه كالزوجة ، وهكذا نص عليه ابن القاسم في «المدونة»[3] وينفق عليهم ما داموا صغاراً فقراء ، وتأول سحنون ذلك على أن الأيتام كانت لهم أموال .

أبو عمران : إن لم يتأول على ما قاله سحنون وإلا فهو خلاف لقول ابن القاسم في مسألة الوصي ينفق على اليتيم من مال أبيه ثم يطرأ دين يغترق المال ، أنه لا يرجع على اليتامى بما أنفق عليهم إن لم يكن لهم مال ، ويكون وفاقاً لقول المغيرة وأشهب بالرجوع عليهم مطلقاً .

---

(١) «المدونة» (٥/ ٤٥٢) .

(٢) «المقدمات» (١/ ٥٢٥) .

(٣) «المدونة» (٥/ ٤٥٣) .

وفرق بعض المتأخرين بأن الورثة تتعلق حقوقهم بالذمة لا بالعين، ومن تعلق حقه بعين شيء فأتلف عليه فله المطالبة بخلاف ما يتعلق بالذمة، واعترض فضل تأويل سحنون بأنه لو كانت لهم أموال لم ينفق عليهم إلا أن يقال: إنما ظهر لهم المال ولم يكونوا عالمين به.

أبو عمران : يستغنى عن قول فضل هذا لأن هذا المال الذي ورثوه من أبيهم هو مال استوجبوه من يوم الموت ، وإنما انكشف لنا ذلك الآن .

ومعنى قوله : (يرجع عليهم) أنه يقاصهم بما أنفق عليهم من ميراثهم .

عياض : ولا يستغنى عنه بهذا إذ قد يكون ما أنفق عليهم أضعاف ما يجب لهم من التركة لكثرة الورثة معهم ، قال في «المدونة»[١] : ولا يؤخذ من الزوجة والأولاد حميل بهذه النفقة .

وَلاَ يُقْسَمُ مَالُهُ إلا بَعْدَ التَّعْمِيرِ عَلَى الْوَارِثِ حِينَئِذٍ

يعني : أن المال ليس حكمه حكم الزوجة في أنه يقسم بعد الأربعة أعوام بل يوقف حتى يتبين موته أو يأتي عليه سن التعمير إذ لا إرث بشك ، وكان الأصل في الزوجة أن لا تباح للغير إلا كذلك لكن غرضنا قوة الضرر ، وحكى ابن راشد قولاً أنه يقسم ماله بعد الأربعة أعوام ، قال : واختلف في حد التعمير على ستة أقوال :

أحدها : أنه سبعون ، قاله مالك وابن القاسم وأشهب .

عبد الوهاب[٢] : وهو صحيح لحديث معترك المنايا .

ثانيها : خمس وسبعون ، وبه أفتى ابن زرب ، والباجي في سجلاته ، وبه القضاء .

ثالثها : ثمانون ، رواه ابن الماجشون وابن حبيب عن مالك ، وبه أخذ ابن القاسم ومطرف ، واختاره الشيخان أبو محمد وأبو الحسن ، وبه كان يفتي القاضي ابن السليم .

ورابعها : أنه الثمانون أو التسعون ، قاله ابن القاسم أيضاً .

وخامسها : مائة ، قاله أشهب ، وابن حبيب وابن الماجشون، وإليه رجع مالك .

وسادسها : أنه مائة وعشرون ، وحكاه الداودي عن ابن عبد الحكم ، وبه «المتيطية»:

---

(١) «المدونة» (٥/٤٥٤) .

(٢) «المقدمات» (١/٥٢٦) .

إن غاب وهو ابن الثمانين عمر إلى انقضاء التسعين ، وإن غاب وهو ابن التسعين عمر إلى انقضاء المائة ، وإن غاب وهو ابن المائة عمر بأعوام يسيرة بقدر الاجتهاد ، وقيل : يتلوم بالعشرة ، وقيل : بالعام والعامين ، وإن غاب وهو ابن مائة وعشرين تلوم بعام واحد.

قال في «المقدمات»[1]: ولم يختلف فيمن عمر بمائة وعشرين أنه يتلوم له بالعام ونحوه.

وقوله : **(عَلَى الْوَارِثِ حِينَئِذٍ)** .

أي : حين انقضاء التعمير .

وَلا يُضْرَبُ لِلأَسِيرِ أَجَلٌ وَتَبْقَى زَوْجَةٌ .

أي : لا يضرب لمن أسره العدو أجلاً ، وتبقى زوجة حتى يثبت موته أو يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله ، قال في «المدونة»[2] : وسواء علم موضعه أم لا لأنه معلوم أنه قد أسر ولا يصل الإمام من كشف حاله إلى ما يصله في المفقود .

قيل : وإذا هرب الأسير من أرض الحرب وثبت هروبه ثم جهل خبره فإن ثبت دخوله بلاد الإسلام فكالمفقود ، وإن لم يثبت فكالأسير لاحتمال عدم خروجه من بلاد الحرب ، وخرج اللخمي قولاً بأن امرأة الأسير تطلق عليه قياساً على قطع ذكره .

وذكر ابن حارث أنهم اتفقوا على الأسير يعرف مكانه وحياته أنه لا تتزوج امرأته حتى يموت ، واختلف إذا لم يعرف فقال أصبغ : قال قوم: هو كالمفقود في أرض الإسلام ، وقال آخرون كمذهب مالك ، وقال ابن حارث: إن كان لا يدخلها التجار ولا الطوافون فهو هكذا وإن كانوا يدخلونها فهو كالمفقود .

فَلَوْ تَنَصَّرَ الأَسِيرُ وَجُهِلَ طَوْعُهُ وَإِكْرَاهُهُ فَهُوَ كَالطَّوْعِ فَيُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا ، وَيُوقَفُ مَالُهُ...

يعني : إذا تنصر الأسير فإن علم إكراهه فكالمسلم ، وإن علم طوعه فكالمرتد ، وإن لم يعلم طوعه من إكراهه فالمشهور هو مذهب «المدونة» ما ذكره المصنف أنه محمول على الطوع لأنه الأصل في الأفعال الواقعة من العقلاء والغالب أيضاً ، وروى عن مالك أنه محمول على الإكراه لأنه الغالب من حال المسلم .

---

(١) «المقدمات» (١/٥٢٦) .

(٢) «المدونة» (٥/٤٥٦)

واختلف إذا تزوجت زوجته ثم ثبت أنه تنصر مكرهاً فقيل : حاله في زوجته كالمفقود، وقيل : كالمنعي لها زوجها ، قيل : وإن شهدت بينة بالطوع والأخرى بالإكراه فبينة الإكراه أعمل لأنها علمت ما لم تعلم الأخرى .

وقوله : **(وَيُوقَفُ مَالُهُ)** ، قاله في «المدونة» (١) : فإن مات مرتداً كان ماله للمسلمين وإن أسلم كان له .

فرع :

واختلف إذا تنصر ، فقال ابن القاسم : ينفق على ولده من ماله ، وقال أصبغ : لا ينفق عليه من ماله إذا تنصر طائعاً .

وَمَفْقُودُ الْمُعْتَرَكِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ تَعْتَدُّ زَوْجَتُهُ بَعْدَ انْفِصَالِ الصَّفَّيْنِ ، وَرُوِيَ : بَعْدَ التَّلَوُّمِ بِالاجْتِهَادِ ، وَرُوِيَ : بَعْدَ سَنَة ، وَرُوِيَ : سَنَةٌ فِيهَا الْعِدَّةُ ، وَفِي قَسْمِ مَالِهِ أَوْ وَقْفِهِ قَوْلاَنِ ، وَرُوِيَ : إِنْ كَانَ بَعِيداً فَكَالْمَفْقُودِ فَيُوقَفُ مَالُهُ...

المفقود على أربعة أقسام : مفقود في بلاد المسلمين وحكمه ما تقدم ، ومفقود في أرض الشرك فكالأسير لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يثبت موته ، أو يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله في قول أصحابنا إلا أشهب فإنه حكم له بحكم المفقود في المال والزوجة ، ومفقود في قتال المسلمين للكفار وسيأتي ، ومفقود في الفتن الواقعة بين المسلمين ، وكلام المصنف الآن فيه ، وحكى فيه أربعة أقوال :

الأول : لمالك وابن القاسم : أن زوجته تعتد من يوم التقى الصفان ، وكان أشباه ذلك في ما مضى يوم صفين والحرة .

الثاني: لأصبغ : يضرب لامرأته بقدر ما يستقصى أمره ويستبرأ خبره ، وليس لذلك حد معلوم .

ابن عبد السلام : وجعله المصنف خلافاً للأول ، وجعله بعضهم تفسيراً له .

الثالث: لابن القاسم : تتربص زوجته سنة ثم تعتد .

الرابع : أن العدة داخلة في السنة ، قال في «المقدمات»(٢) : وهو الصواب لأنه إنما

(١) «المدونة» (٥/ ٤٥٧) .

(٢) «المقدمات» (١/ ٥٢٧) .

تلوم له مخافة أن يكون حيا، فإذا لم يوجد له خبر حمل على أنه قتل في المعترك .

وفي «العتبية»[١] **خامس**: بالفرق فيما قرب من الديار يتلوم الإمام لزوجته باجتهاد بعد انصراف من انصرف وانهزام من انهزم ثم تعتد وتتزوج ، وما بعد مثل إفريقية ونحوها تمكث زوجته سنة فإذا خلت نظر الإمام في ذلك ، وفرق بين القرب والبعد .

وفي «الموازية» سادس : إن كان بعيداً حكمه كالمفقود تتربص أربعة أعوام .

اللخمي : من قال: إن العدة من يوم التقاء الصفين ورث ماله حينئذ ، ومن جعل لزوجته التربص أربع سنين وقف ماله إلى التعمير ، واختلف على القول أن زوجته تتربص سنة ، فقيل: يورث ماله ذلك الوقت ، وقيل : يوقف ماله إلى التعمير ، قال في «المقدمات»[٢] : وهذا الخلاف إنما هو إذا شهدت البينة العادلة أنه شهد المعترك ، وأما إن كان رأوه خارجاً عن العسكر ولم يروه في المعترك فحكمه حكم المفقود في زوجته وماله باتفاق .

وَبَيْنَ الْمُسْلِمِينَ وَالْكُفَّارِ : ثَلاثَةٌ ـ كَالأَسِيرِ وَكَالْمَفْقُودِ ، وَتَعْتَدُّ بَعْدَ سَنَةٍ بَعْدَ النَّظَرِ...

أي : ثلاثة أقوال ، والقول بأنه كالأسير لمالك في «العتبية»، أي أن زوجته لا تتزوج ولا يقسم ماله حتى يعلم موته أو يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله ، والقول بأنه كالمفقود في ماله وزوجته حكاه ابن المواز وعابه ، أي لأنهم يأسرون المسلمين ولا يستطاع البحث عنهم كما في بلاد المسلمين .

اللخمي : وروي عن أشهب أنه قال فيمن فقد بين الصفين في أرض الإسلام أو في أرض الحرب: تتربص زوجته سنة من يوم ينظر السلطان في أمره ثم تعتد ، وهذا هو القول الثالث في كلام المصنف .

وقوله : (**بعد النظر**) يريد: بعد الرفع ، هكذا صرح به في «المقدمات»[٣] في هذه الرواية ، وعمل أهل قرطبة بهذه الرواية الثالثة .

---

(١) «البيان والتحصيل» (٥/ ٤٨٠) .

(٢) «المقدمات» (١/ ٥٢٧) .

(٣) «المقدمات» (١/ ٥٢٨) .

فرع :

اللخمي وغيره : يحمل من فقد من بلد زمن الطاعون أو في بلد توجه إليه وفيه الطاعون على الموت ، وذكر أصحاب مالك: أن الناس أصابهم سنة بطريق مكة سعال ، فكان الرجل لا يسعل إلا قليلاً ثم يموت ، ففقد ناس ممن خرج إلى الحج فلم يأت لهم خبر حياة ولا موت ، فرأى مالك: أن تقسم أموالهم ولا يضرب لهم أجل المفقود ولا غيره للذي بلغه من موت الناس من ذلك السعال ، وكذلك الشأن في أهل البوادي في الشدائد ينتجعون من ديارهم إلى غيرها من البوادي ثم يفقدون أنهم على الموت ، وقد علم ذلك من حالهم إذا توجهوا إلى البلد الذين يمضون إليه تبلغهم الضيعة والموت .

كتاب الرضاع

الرَّضَاع : شَرْطُ المُرْضِعُ : أَنْ تَكُونَ آدَمِيَةً أُنْثَى بِلَبَنٍ فَلَوْ كَانَ مَاءً غَيْرَ لَبَنٍ لَمْ يُعْتَبَرْ .

يقال : إرضاع ورضاع ورضاعة بفتح الراء وكسرها .

الجوهري(١) : ويقال: رضع الصبي أمه يرضعها رضاعاً مثل سمع يسمع سماعاً ، وأهل نجد يقولون: رضع يرضع رضعاً مثل ضرب يضرب ضرباً .

عياض : وارتضعت أمه وامرأة مرضع أي لها ولد ترضعه ، فإن وصفتها بإرضاع الولد قلت: مرضعة، وذكر أهل اللغة أنه لا يقال في بنات آدم لبن وإنما يقال فيهن: لبان واللبن لسائر الحيوان غيرهن ، وجاء في الحديث كثيراً خلاف قولهم .

وشرط المصنف في المرضعة التي ينتشر التحريم برضاعها ثلاثة أوصاف :

الأول: أن تكون آدمية، فلا يحرم لبن غيرها من سائر الحيوانات، ولا خلاف في ذلك .

الثاني : أن تكون أنثى ، فلا يعتبر لبن الذكر إذا در ، وهذا هو المشهور لقوله تعالى : ﴿**وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ**﴾ [النساء:٢٣] ولا يستحق وصف الأمومة إلا الآدمية الأنثى، وقال ابن اللبان الفرضي : يقع بلبن الذكر الحرمة .

اللخمي : وبه قال بعض شيوخنا، وقال ابن شعبان : وروى أهل البصرة عن مالك والشافعي أنهما كرها له نكاحها، ووجه القول بالتحريم: أن الحرمة إذا حصلت باللبن الناشئ عن وطئه فلأن تحصل بلبانه من باب الأولى ، والآية خرجت مخرج الغالب فلا مفهوم لها .

الثالث : أن يكون ذلك بلبن ، فإن أرضعته بغيره لم يحرم .

وفي كتاب «ابن سحنون»: لو حلب من ثدي المرأة ماء أصفر لم يحرم ما يحرم منه إلا ما كان غذاء يغني عن الطعام ، ولا يقال: كان ينبغي أن يستغني بقوله : (**آدَمِيَّةً**) عن قوله (**أُنْثَى**) لاحتمال أن يكون المراد نفساً آدمية والنفس تطلق على الذكر والأنثى .

---

(١) « الصحاح» (١/٢٥٦) .

ويُعْتَبَرُ اللَّبَنُ وَإِنْ لَمْ تَحْمِلْ ولَمْ تُوطَأْ .

يعني : إذا در للبكر لبن فإنه ينشر الحرمة لدخولها في قوله : ﴿**وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ**﴾، قال في «الجلاب»[1]: وإذا أرضعت المرأة التي لم تلد أو العجوز التي قعدت عن الولادة صبيا فرضاعها يحرم .

وَلَبَنُ الْمَيْتَةِ عَلَى الْمَشْهُورِ إِنْ عُلِمَ .

أي : وبعتبر لبن الميتة ، والمشهور مذهب «المدونة» لدخولها تحت قوله : ﴿**وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ**﴾ والشاذ حكاه صاحب الجواهر وغيره .

وذكر ابن بشير أن الشاذ مما جرى في المذاكرات وعلله بأن الحرمة لا تقع بغير المباح .

فإن قيل : لم أوقعتم التحريم برضاع الميتة على المشهور، وظاهر قوله تعالى : ﴿**وَأُمَّهَاتُكُمُ**﴾ يخرجها ؛ لأن الميتة لا توصف بأنها أرضعت فجوابه أن الإرضاع خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له ، وأيضاً فإنه منقوض بما لو حلب غيرها من ثديها كرها وأرضع به صبياً أو رضع منها الصبي وهي نائمة .

قال في «المدونة» [2]: وإذا حلب من ثدي المرأة في حياتها أو بعد وفاتها فوجر به صبي أو دَبَّ فرضعها وهي ميتة وعلم أن في ثديها لبانا فالحرمة تقع بذلك ، ولا يحل اللبن في ضروع الميتة، قيل : فلم أوقعتم الحرمة به؟

قيل : لأن من حلف ألا يشرب لبناً فشرب لبن الميتة أو لبناً ماتت فيه فأرة حنث إلا أن ينوي اللبن الحلال ، ويحد من وطئ ميتة .

وأخذ من هنا أن مذهبه نجاسته ، وهو خلاف ما دل عليه ما له في كتاب الجنائز فيخرج من الكتب قولان .

اللخمي : وإنما وقعت به الحرمة لأن تنجيسه لا يخرجه عن كونه غذاء .

وقوله : (**ويحد من وطئ الميتة**) استدلال منه على الحرمة أي كما يجب الحد بوطء الميتة وكذلك يحرم لبنها .

---

(١) «التفريع» (٢/ ٦٨) .

(٢) «المدونة» (٥/ ٤١٠) .

وقوله : **(ويحرم من وطء الميتة يريد ولا صداق لها)** نص عليه محمد وغيره .

قال في «النكت»[(١)] : وإنما قالوا بالحد ولم يوجبوا لها صداقاً لأن الصداق من حقوق الآدميين، فلما وجدناه لو قطع لها عضو لا قصاص فيه ولا دية فكذلك هنا، وأما الحدود فمن حقوق الله تعالى فيجب عليه لعظم ما انتهكه ، ولا إشكال في وجوبه إن كانت الموطوءة أجنبية على المعروف من المذهب كما سيأتي في باب الزنى إن شاء الله تعالى .

واختلف في الزوجة هل يحد على قولين : عياض: وإلى الإسقاط قال أكثرهم والمحقق منهم .

قال في «النكت»[(٢)] : وعاب بعض شيوخنا وجوب الحد عليه ، قال : ألا ترى أنه يغسلها مجردة وينظر إليها فأي شبهة أعظم من هذا ؟

وقول المصنف: (إِنْ عُلِمَ) .

ابن عبد السلام : لا يظهر له في كلام المصنف كبير فائدة بخلافه في «المدونة» .

وَفِي لَبَنِ مَنْ نَقَصتْ عَنْ سِنِّ الْمَحَيْضِ : قَوْلانِ .

يعني : أن لبن من لم تحمل على ضربين : إن كانت ممن تحيض حرم .

ابن بشير : بلا خلاف، وقد قدم المصنف ذلك بقوله: (ويعتبر اللبن وإن لم تحمل ولم توطأ)، وإن كانت ممن نقصت عن سن المحيض فقولان حكاهما المصنف تبعاً لابن بشير وابن شاس .

وفي «المدونة» [(٣)]: وإذا درت بكر لا زوج لها أو يئست من المحيض فأرضعت صبياً فهي أم ولد .

وفي «الجلاب»[(٤)] : وإذا حدث للصبية الصغيرة التي لا يوطأ مثلها لبن فأرضعها صبي لم تقع به حرمة ، وحملها اللخمي على الخلاف، وهو ظاهر كلام ابن يونس، وهو مقتضى ما نقله المصنف وابن بشير وابن شاس .

---

(١) «النكت والفروق» (١/ ٢٣٩) .

(٢) «النكت والفروق» (١/ ٢٣٩) .

(٣) «تهذيب المدونة» (١/ ٤٤١) .

(٤) «التفريع» (٢/ ٦٩) .

خليل : ولا يبعد أن يحمل ما في «المدونة» على ما إذا كانت في سن من يوطأ مثلها ، ولا يكون ما في «الجلاب» خلافا لما في «المدونة» ، والله أعلم .

ولا يُعْتَبَرُ لَبَنُ الذَّكَرِ إِذَا دَرَّ عَلَى الْمَشْهُورِ .

هذه المسألة وقعت هنا في بعض النسخ ، وقد تقدم الخلاف فيها فأغنى عن إعادتها .

وَشَرْطُ الرَّضِيعِ: أَنْ يَكُونَ مُحْتَاجًا لِلرَّضَاعِ ، وَصَلَ اللَّبَنُ إِلَى جَوْفِهِ صِرْفًا أَوْ مَخْلُوطًا ، وَفِي لَغْوِ الْمَغْلُوبِ بِالْمُخَالَطَةِ قَوْلَانِ ، لابْنِ الْقَاسِمِ وَابْنِ الْمَاجِشُونَ كَأَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ...

قوله : (**محتاجا**) أي: فلا يعتبر رضاع الكبير لما في «الصحيحين» وغيرهما : «**إنما الرضاع من المجاعة**»[1] .

وفي الصحيح أيضاً من حديث سهلة قالت عائشة: جاءت سهلة بنت سهيل إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، إني أرى في وجه أبي حذيفة من دخول سالم وهو حليفه، فقال النبي ﷺ: «**أرضعيه**»، فقالت : وكيف أرضعه وهو رجل كبير. فتبسم رسول الله ﷺ وقال: «**قد علمت أنه رجل كبير**»[2] وفي رواية أخرى: « **أرضعيه خمس رضعات تحرمي عليه**» وفي رواية أخرى: «**وأبى سائر أزواجه عليه الصلاة والسلام أن يدخلن عليهن أحد بتلك الرضاعة**» وقلت لعائشة: ما نرى هذه إلا رخصة أرخصها رسول الله ﷺ لسالم خاصة، وأخذت عائشة بحديث سهلة وكانت إذا أحبت أن يدخل عليها أحد من الرجال تأمر أختها أم كلثوم بنت أبي بكر وبنات أخيها أن يرضعن من أحب دخوله .

المازري : والجمهور حملوا الحديث على الخصوص .

الباجي[3] : وقد انعقد الاجماع على أن رضاع الكبير لا يحرِّم .

ابن المواز : ولو أخذت بحديث سهلة : « **أرضعيه خمس رضعات**» في الحجاب خاصة لم أعبه وتركه أحب إليَّ ، ولا فرق في التحريم باللبن بين أن يصل صرفاً أو مخلوطاً كما قاله المصنف ، وهذا إن لم يغلب اللبن بالمخالطة وأما إن كان مغلوباً فقال ابن القاسم : لا ينشر الحرمة وهو مذهب أبي حنيفة .

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥٠٤) ، ومسلم (١٤٥٥) من حديث عائشة رضي الله عنها .

(٢) أخرجه البخاري (٣٧٧٨) ، ومسلم (١٤٥٣) .

(٣) «المنتقى» (٦/ ١٤) .

وقال أشهب وابن الماجشون: يحرم وهو قول الشافعي ، وهذا معنى قوله : **(وَفِي لَغْوِ الْمَغْلُوبِ بِالْمُخَالَطَةِ قَوْلَانِ)** لأن تقديره وفي لغو المغلوب بالمخالطة وعدم لغوه قولان لابن القاسم وابن الماجشون ؛ فابن القاسم يلغيه وابن الماجشون لا يلغيه .

وقوله : (**كَأَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ**) الأول للأول والثاني للثاني ، والأقرب قول عبد الملك: إذ لو انفرد اللبن لحرم ، وهو الذي رجحه ابن محمد السوسي واللخمي وغيرهما ، ونظيرها إذا حلف ألا يأكل خلاً فأكل طعاماً فيه خل مستهلك، وهذا إنما هو إذا كان اللبن مخلوطاً بغير اللبن، وأما إن اختلط لبن امرأتين فقال مالك والشافعي : تحرم المرأتان معاً، وقال ابن يوسف : الحكم للغالب منهما .

وأخذ عياض من «المدونة» التحريم من مسألة من حملت من زوج آخر أن اللبن يكون للزوجين، قال : وتردد بعضهم : هل يقول ابن القاسم بلغو المغلوب بلبن آخر كالطعام أم لا أو يفرق بين اللبن والطعام ، انتهى . وحكى بعضهم الاتفاق على التحريم .

وَالرَّضَاعُ وَالْوَجُورُ ـ قَلِيلُهُمَا وَكَثِيرُهُمَا وَلَوْ مَصَّةً ـ سَوَاءٌ .

(الْوَجُورُ) بفتح الواو ما يدخل في وسط الفم ، وقيل: ما يصب في وسط الحلق ، وفعله وجر وأوجر واللدود ما صب تحت اللسان،وقيل: ما صب في جانب الفم واللديدان: جانبا الفم ، يعني: أنه لا فرق في التحريم بين الرضاع والوجور ، ونبه بذلك على قول داود القائل بعدم التحريم إلا بما يرضع من الثدي، ومذهبنا أن المصة الواحدة كافية في التحريم لظاهر قوله تعالى : ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ .

وَفِي الْحُقْنَةِ وَالسَّعُوطِ وَشِبْهِهِ يَصِلُ إِلَى الْجَوْفِ ثَالِثُهَا يَخْتَصُّ السَّعُوطُ .

(الْحُقْنَةِ) معلومة، **(وَالسَّعُوطِ)** بفتح السين، قال الجوهري[1]: هو الدواء يصب في الأنف .

قوله : (وَشِبْهِهِ) أى: وشبه ذلك ولذلك ذكر الضمير ، وأراد بالشبه الاكتحال والصب في الأذن، وحكى في الجميع ثلاثة أقوال وتصورها من كلامه ظاهر .

أما الحقنة ففي «المدونة» [2]: إن وصل إلى جوفه حتى يكون له غذاء حرم وإلا لم يحرم.

---

(١) «الصحاح» (١/ ٣١٧) .

(٢) («المدونة» (٥/ ٤٠٥) .

ابن المواز : معناه حتى يكون غذاء له لو لم يطعم ولم يسق فحينئذ يحرم وإلا فلا، وأطلق ابن حبيب التحريم بالحقنة .

ابن يونس[١] : وقول ابن القاسم أصح . وفي «الجلاب»[٢] أن الحقنة لا تحرم .

وأما السعوط ففي «المدونة» [٣]: يحرم إن وصل إلى جوفه ، قال فيها : وكان عطاء الخرساني لا يحرم السعوط ولا الكحل باللبن .

ابن يونس : وأطلق ابن حبيب التحريم به، وقول ابن القاسم أصح؛ لأن الاعتبار في الرضاع ما يقع به الاغتذاء وهو إذا لم يصل إلى الجوف كان وصوله إلى الدماغ كجريانه في ظاهر البدن .

وأما العين: فقال ابن حبيب : إن به اكتحل الصبي بكحل فيه لبن ، فإن كان دواء ينفذ مثل المر والصبر والعنزروت وشبهه حرم ، وإن كان مما يبقى في العين ولا يصل إلى الجوف كالإثمد وشبهه فلا يحرم .

ابن يونس[٤] : وسواء عند ابن القاسم كان مما ينفذ أم لا فإنه لا يحرم؛ لأنه لا يكون منه غذاء وقد دخل من غير مدخل الطعام والشراب فلا يحرم حتى يكون للصبي غذاء كما قال في الحقنة .

ابن راشد : وعلى هذا يجيء الجواب فيما صب من الأذن .

ابن بشير : وإن استدخل اللبن من الإحليل فهو لا يصل إلى محل الطعام فلا تقع به حرمة ، وكذلك إن عمل منه فتائل .

تنبيهات :

الأول : جعل المصنف محل الخلاف إذا وصل من هذه المنافذ ، ومفهومه: أنه لو لم يصل لم يحرم، وقد قدمنا أن ابن حبيب قال بالتحريم في الحقنة والسعوط وإن لم يصل على ما ذكره ابن يونس، وكذلك ذكر الباجي[٥] واللخمي عنه .

---

(١) «الجامع» (٤ / ٣٨٥).

(٢) «التفريع» (٢/ ٦٨) .

(٣) «المدونة» (٥/ ٤٠٥) .

(٤) «الجامع» (٤ / ٣٨٦).

(٥) «المنتقى» (٦/ ١٥) .

الثاني : مقتضى كلامه: أن في المذهب قولاً بأن السعوط لا يحرم مع الوصول وذكره بعضهم .

ابن عبد السلام : وأنكر عبد الوهاب أن يكون في المذهب من يقول: إن السعوط لا ينشر الحرمة إذا علم وصوله إلى الجوف .

الثالث : يشترط على مذهب «المدونة» في انتشار الحرمة بالحقنة: ألا يكون اللبن مغلوبا؛ لأنه إذا اشترط ذلك فيما يصل من الفم فهنا أولى ، قاله عياض وغيره .

الرابع : ما ذكره من القول بالتفصيل هو مقتضى ما في «الجلاب»[1]؛ لأنه نص على أن السعوط يحرم ونص على أن الحقنة لا تحرم، وإذا لم تحرم الحقنة فالعين ونحوها أولى .

الخامس : قال اللخمي : ومحمل قول ابن القاسم في «المدونة» من التحريم بالسعوط إن وصل يريد: أن وصوله مشكوك فيه ، فقوله ذلك عبارة عن الوقوف وكأنه إنما تقع الحرمة إذا وصل ولا يدري هل وصل؛ لأنه ليس بكثير فيحس بوصوله ، ورده ابن بشير بأنه ليس بشك وإنما أحل الأمر فيه على تحقيق الوصول وعدمه .

السادس : فإن قلت : لم اشترط ابن القاسم هنا في الحقنة أن تكون غذاء ولم يشترط ذلك في الصوم ؟

قيل : إن المراعاة في الرضاع ما ينبت اللحم وينشر العظم ولا يشترط هذا في إفطار الصائم ، بل ما يصل إلى محل الطعام والشراب .

فَلَوْ كَانَ بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ بِمُدَّةٍ قَرِيبَةٍ وَهُوَ مُسْتَمِرُّ الرَّضَاعِ أَوْ بَعْدَ يَوْمَيْنِ مِنْ فِصَالِهِ اعْتُبِرَ ، وَفِي الْقَرِيبَةِ أَقْوَالٌ : أَيَّامٌ يَسِيرَةٌ ، وَشَهْرٌ ، وَشَهْرَانِ ، وَثَلاثَةٌ .

لما قدم أن شرط المرضع أن يكون محتاجاً وأنه لا عبرة برضاع الكبير أخذ يذكر الزمان الذي تنشر الحرمة فيه ، وذكر أن الرضاع إما أن يكون بعد الحولين أو فيهما ؛ فإن كان بعدهما بمدة قريبة وهو مستمر الرضاع أو بعد يومين من فصاله نشر الحرمة لأنه لو أعيد إلى اللبن لكان له غذاء وعشاء وهذا هو المشهور ، وروي عن مالك: أنه يعتبر الحولان من غير زيادة .

---

(١) «التفريع» (٢/ ٦٨) .

وعلى المشهور فاختلف في حد القرب على خمسة أقوال حكاها اللخمي وغيره ، قال في «الحاوي» : مثل نقصان الشهور وإليه ذهب سحنون .

وقال في «المختصر» : الأيام اليسيرة، وقال ابن القصار : يحرم مثل الشهر ، قال وليس بالقياس لقوله تعالى : ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا ﴾ [الأحقاف: ١٥] يريد أن القياس لا يزاد على الحولين ، وروى عنه عبد الملك: إنه لا يزاد على الشهر ونحوه .

وقال في «المدونة»[١] : الشهر والشهرين، وروى عنه الوليد بن مسلم ثلاثة أشهر . اللخمي : وهو أحسن .

محمل الآية في السنتين أنها كافية للمرضع ليس أنه لا منفعة فيما زاد لقوله عليه الصلاة والسلام : « **لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء وكان قبل الفطام**» .

وهذا حديث صحيح ذكره الترمذي، فعلق التحريم بما كان قبل الفطام وقبل أن ينتقل غذاؤه من اللبن ، وهذا لم يفطم واللبن قوام جسمه يشبع لوجوده ويجوع لعدمه، ولم يقع القول الأول في كل النسخ، ووقع في نسخة ابن راشد وسقط في نسخة ابن عبد السلام .

فَلَوْ كَانَ فِي الْحَوْلَيْنِ بَعْدَ اسْتِغْنَائِهِ بِمُدَّةٍ قَرِيبَةٍ ، فَقَوْلانِ .

يعني : إذا فصل في الحولين فإن لم يستغن نشر الحرمة باتفاق ، وإن استغنى فإما بمدة قريبة أو بعيدة؛ فإن كان بمدة بعيدة لم يعتبر وإن كان بمدة قريبة فقولان، المشهور وهو مذهب «المدونة» أنه لا يحرم، قال في «الجواهر»[٢]: إلا أن يكون زمن الرضاع قريباً من زمن الاستغناء، والثاني لمطرف وابن الماجشون وأصبغ في «الواضحة» يحرم إلى تمام الحولين.

وقال بعض الشيوخ : إن كان الرضاع مصة أو مصتين لم يحرم ، وإن أعيد إلى الرضاع وأسقط الطعام حرم ، ولم يتعرضوا في هذا القسم إلى تحديد القريبة كالقسم الأول، ولعل ذلك لأنهما متقاربان .

وَيَحْرُمُ بِالرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ بِالنَّسَبِ

والأصل فيه: قوله تعالى : ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ ﴾

(١) «المدونة» (٥/ ٤٠٨) .

(٢) «الجواهر» (٢/ ٢٨٩) .

[النساء: ٢٣] وقوله عليه الصلاة والسلام: « **يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب**» رواه البخاري ومسلم وغيرهما .

والمحرمات بالنسب سبع : الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت، فالرضاع كالنسب فأمك كل من أرضعتك أو أرضعت بواسطة أو بغيرها وأمهاتهما ، وبنتك كل من أرضعتها زوجتك بلبنك أو أرضعتها ابنتك من نسب أو رضاع ، وأخواتك كل من ولدت من أرضعتك أو ولد لفحلها فإن أتى من أمك وفحلها ولد فهو أخ شقيق من الرضاعة وإن ولد لأمك من غير ذلك الفحل فهو أخ لأمك وإن ولد لأبيك من غير أمك أماً من زوجة أخرى أو سرية فهو أخوك لأبيك ، وأخوات الفحل عمات الرضيع وأخوات أم الرضيع خالات له ، ولا يخفى عليك بنات الأخ وبنات الأخت.

لكن استثنى العلماء من عموم قوله عليه الصلاة والسلام: «**يحرم الرضاع ما يحرم النسب**»(١) مسائل يحرمن من النسب وقد لا يحرمن بالرضاع :

الأولى : أم أخيك وأم أختك من النسب هي أمك أو زوجة أبيك وكلتاهما حرام ، ولو أرضعت أجنبية أخاك لم تحرم .

الثانية : أم نافلتك، والنافلة: ولد الولد مطلقاً ذكراً كان أو أنثى؛ لأنها إما بنتك أو زوجة ابنك وهما محرمان ، وفي الرضاع قد لا تكون ابنتك ولا زوجة ابنك بأن ترضع أجنبية نافلتك .

الثالثة : جدة ولدك من النسب إما أمك أو أم زوجتك وهما حرامان ، وفي الرضاع قد لا تكون أماً ولا أم زوجة إذا أرضعت أجنبية ولدك فهي حلال لك وأمها وإن كانت جدة ولدك إذ ليست بأمك ولا أم زوجتك .

الرابعة : أخت ولدك في النسب حرام؛ لأنها إما بنتك أو ربيبتك ولو أرضعت أجنبية ولدك فبنتها أخت ولدك فليست ببنت ولا ربيبة .

الخامسة : يجوز للرجل أن يتزوج أم عمه وعمته من الرضاع بخلاف النسب .

السادسة : يجوز للرجل أن يتزوج أم خاله وخالته من الرضاع بخلاف النسب .

(١) أخرجه البخاري (٢٥٠٢) ، ومسلم (١٤٤٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما .

فَيُقَدَّرُ الطِّفْلُ خاصَّةً وَلَدًا لِصَاحِبَةِ اللَّبَنِ ، وَصَاحِبِهِ إِنْ كَانَ ، فَلِذَلِكَ جَازَ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَخُوهُ نَسَبًا أُخْتَهُ وَأُمَّهُ مِنَ الرَّضَاعِ...

يعني : أن الحرمة إنما تنتشر بين الرضيع ومن تقدم خاصة دون أحد من قرابته ، وقال: (**وَصَاحِبِهِ إِنْ كَانَ**) لأنه قد تقدم أن البكر إذا درت على صبي ورضعها أن الحرمة تنتشر بذلك .

ابن عبد السلام : وانظر إذا كانت البكر معقودة النكاح ولم يدخل بها زوجها هل تنتشر الحرمة بين الرضيع والزوج ؟

خليل : والمذهب في هذا أنه لا يعتبر وسيذكره المصنف في الفرع الذي يلي هذا ، ولأجل أن التحريم إنما يعتبر بين الرضيع وأبويه لا في أحد من قرابته جاز لأخيه من النسب أن يتزوج الطفلة التي رضع معها أخوه والأم التي أرضعت أخاه لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع ، وكذلك يجوز لصاحب اللبن أن يتزوج أخت ابنه من الرضاعة .

واعلم أن أخت الأخ قد لا تحرم من النسب كما لا تحرم من الرضاع ، وصورتها: أن يكون لك أخ من أب وأخت من أم فيجوز لأخيك من الأب نكاح أختك من الأم .

وَيُعْتَبَرُ صَاحِبُهُ مِنْ حِينِ الْوَطْءِ .

يعني : أن الحكم فيما بين الرضيع والمرضعة ظاهر ، وأما فيما بينه وبين الفحل فإنما يعتبر من حين وطئه .

وقوله : (**مِنْ حِينِ الْوَطْءِ**) يدل على أنه لا يعتبر اللبن فيما بين الفحل وبين الرضيع في الفرع الذي جعله ابن عبد السلام محل نظر وهو مقتضى كلام اللخمي وابن رشد وابن بشير وابن شاس ، وبذلك صرح صاحب «النكت»(١) ، قال : إنما يكون له اللبن إذا دخل وأما قبل بنائه فلا .

وقد صرح ابن راشد بالاتفاق على ذلك فقال : إذا تزوج الرجل امرأة لا لبن لها ثم درت فرضعها طفل فإن لم يكن وطئها قبل رضاعه لم يكن أباً ، وإن كان وطئها فهو له ولد ، ولو لاعب أو قبّل أو باشر أو وطئ ولم ينزل فدرت لم يكن بذلك أباً بلا خلاف .

---

(١) «النكت والفروق» (١/ ٢٤٠) .

فَإِنْ كَانَ مِنْ وَطْءٍ يُحَدُّ فيه فَقَوْلانِ .

يعني : فإن كان اللبن نشأ عن وطء يحد فيه فهل ينشر الحرمة بين الرضيعة والفحل ؟ قولان: وأما بين الرضيعة والمرضعة فإنه ينشر الحرمة على كل حال ، والقولان حكاهما ابن حبيب عن مالك .

ونص ما نقله ابن يونس[1] عنه: قال ابن حبيب : اللبن في وطء صحيح أو فاسد أو حرام أو زنا تقع به الحرمة من قبل الرجل والمرأة ، وكما لا تحل له ابنته من الزنا فكذلك لا تحل له من أرضعتها المزني بها من ذلك الوطء ، لأن اللبن لبنه والولد ولده وإن لم يلحق به الولد، وقد كان مالك يرى أن كل وطء لا يلحق فيه فلا يحرم لبنه من قبل فحله ، ثم رجع إلى أنه يحرم وهو أصح وقاله أئمة من العلماء ، وبالتحريم قال سحنون وغيره وهو ظاهر من المذهب ، قاله ابن عبد السلام، قال : وأجرى غير واحد القولين على القولين في المخلوقة من ماء الزاني هل يحل له نكاحها أم لا ؟ وهو مناسب لولا أن ابن المواز منع الزاني من نكاح المخلوقة من مائه وكره له نكاح هذه ، وإن وقع لم يحكم بفراقها، قالوا: وأما إن تزوج من لا يحل له نكاحها جاهلاً فلحق به الولد فإنه يحرم الرضاع من جهة الفحل كالنكاح في العدة ، وكذلك إن كان عالماً على القول بأنه لا حد عليه .

وَالْمَنْكُوحَةُ إِذَا وُطِئَتْ بِاشْتِبَاهٍ فَأَتَتْ بِوَلَدٍ مُحْتَمَلٍ فَلَبَنُهَا لِمَنْ يُنْسَبُ إِلَيْهِ الْوَلَدُ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَهُمَا ...

مثاله: لو وطئ السيدان الأمة في طهر واحد وألحقته القافة بأحدهما فعلى المشهور إنما تنتشر الحرمة بين الولد وبين من لحق به ، وعلى قول محمد تنتشر الحرمة بين الرضيع والواطئين وإن كان الولد إنما يلحق بأحدهما ، لأن اللبن ليس هو مبنيا على لحوق الولد بدليل التحريم على ظاهر المذهب في الفرع السابق وإن كان الولد فيه غير لاحق ، ومثاله أيضاً في النكاح لو نكحت المعتدة وأتت بولد محتمل لهما .

وَلَبَنُ الدَّارَّة لِصَاحِبِه إلا أَنْ يَنْقَطِعَ وَلَوْ بَعْدَ سِنِينَ كَثِيرَةٍ ، وَقِيلَ : إِلَى أَنْ تَلِدَ وَقِيلَ : وَإِلَى أَنْ تَحْمِلَ ، وَقِيلَ : إِلَى أَنْ يَطَأَهَا زَوْجٌ ثَانٍ...

يعني : أن لبن المرأة منسوب لوطئها عند ابتداء وجود اللبن ، ولا إشكال في ذلك إذا

---

(١) «الجامع» (٤/ ٣٨٧ ـ ٣٨٨) .

لم تزل في عصمته أو رقه ، وإن فارق الزوجة وتزوجت غيره فأربعة أقوال :

الأول : أنه محكوم به للأول إلى أن ينقطع ، وهو مذهب المدونة لقوله : وإذا تزوجت المرضع المطلقة فحملت ثم أرضعت صبيا فإنه لبن للزوج الأول .

والثاني: إن كان لبن الأول لم ينقطع لكن لم يقل فيها ولو بعد سنين كثيرة كالمصنف، ولم أر ذلك مصرحاً في الروايات لكن هو ظاهر «المدونة» و«الموازية» ، وتبع المصنف ابن شاس[1] فإنه قال : ولو بعد عشر سنين .

والقول بأنه ينقطع بالولادة في «مختصر الوقار»، ورواه ابن نافع ، وحكى ابن المنذر أن عليه إجماع العلماء ، والقول بأنه ينقطع بالحمل ذكره ابن بشير وابن شاس ولم يعزواه، والقول بأنه ينقطع بوطء الثاني لابن وهب .

ولسحنون خامس: أن اللبن محكوم به للأول إلى أن تمضي خمسة أعوام أقصى مدة الحمل من فراق الأول ، أما لو انقطع اللبن لسبقط حكم الأول .

اللخمي : إلا أن ينقطع ثم يعود فيكون الحكم فيه للثاني إن عاود الإصابة، قال : وإن أصاب الرجل زوجته وهي ذات لبن من غيره ثم أمسك عنها أو غاب وطالت غيبته أو مات وعاد اللبن إلى ما كان عليه سقط حكم الوطء .

وَحَيْثُ لَمْ يُحْكَمْ بِانْقِطَاعِهِ فَالْوَلَدُ لَهُمَا ؛ لأَنَّ الْوَطْءَ يُدِرُّ اللَّبَنَ .

يعني : إذا لم يحكم بانقطاعه فالولد محكوم له بأنه ابن للأول والثاني من الرضاع ؛ لأن هذا اللبن لهما ؛ إذ أصله من الأول وتكثيره من الثاني ؛ لأن وطأه يدرُّ اللبن .

وَالْغَيْلَةُ : وَطْءُ الْمُرْضِعِ ، وَقِيلَ : إِرْضَاعُ الْحَامِلِ .

الأكثر على ضبط هذه اللفظة بكسر الغين .

عياض : ولا تفتح إلا مع حذف الهاء وأصله من الضرر ، وقيل : من الزيادة، وقيدها بعض شيوخنا بفتح الغين في غير «المدونة» وكذلك عبد الحق في «المدونة» ، والقول الأول هو مذهب «الموطأ» و«المدونة» وهو قول الأصمعي .

وقوله : **(وَطْءُ الْمُرْضِعِ) ابن حبيب** : وإن لم ينزل، وقال أبو عمران : إنما الغيلة

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٢٩١) .

الوطء مع الإنزال ، والقول الثاني ذكره في «المدونة» أيضاً وهو قول الأخفش ، والأول هو الظاهر؛ لأن المشاهدة تدل على أن إرضاع الحامل مضر، والنبي ﷺ قد نفى عن الغيلة الضرر .

ففي «الموطأ» (١) وغيره: أنه عليه الصلاة والسلام قال : « **لقد هممت أن أنهى الناس عن الغيلة حتى ذكرت أن فارساً والروم يصنعون ذلك ، فلا يضر ذلك أولادهم** » .

وَمَنْ أَرْضَعَتْ طِفْلاً كَانَ زَوْجَهَا حَرُمَتْ عَلَى صَاحِبِ اللَّبَنِ ؛ لأَنَّهَا زَوْجَةُ ابْنِه .

هذا الفرع لابن القاسم في «العتبية»، ومعناه: إذا عقد أبو الرضيع له على امرأة ثم خالع له وتزوجت غيره وحدث لها لبن فأرضعت به الطفل الذي كان زوجها ، فصار هذا الطفل ولداً لها ولزوجها الثاني فتحرم على زوجها ؛ لأنها حليلة ابنه ؛ إذ لا يشترط في حليلة الابن دوام الوصف بدليل أن الابن لو تزوج امرأة فمات عنها أو طلقها لم يجز لأبيه أن يتزوجها ؛ لأنها من حلائل أبنائه .

وَمَنْ أَبَانَ صَغِيرَةً حَرُمَتْ عَلَيهِ مَنْ تُرْضِعُهَا ؛ لأَنَّهَا أُمُّ زَوْجَتِه وَعَكْسُهُ بِنْتُ زَوْجَتِه وَلَا يُنْظَرُ لِلتَّارِيخِ فِي مِثْلِه...

يعني : إذا تزوج رضيعة ثم طلقها فأرضعتها امرأة حرمت عليه تلك المرأة ؛ لأنها أم زوجته ، ولو أبان امرأة لها لبن فأرضعت صبية حرمت عليه تلك الصبية ؛ لأنها بنت زوجته ، وهذا معنى قوله : **(وَعَكْسُهُ...إلخ)** .

ابن راشد قال : ولا ينظر إلى التاريخ في مثله ليعم هذا الفرع والفرعين قبله وما في معناهما أنه لا ينظر إلى أن تكون المرضعة في حالة الرضاع زوجة ، بل ولو بانت .

وَمَنْ تَزَوَّجَ رضيعتين أَوْ أَكْثَرَ فَأَرْضَعَتْهُمُ امْرَأَةٌ اخْتَارَ وَاحِدَةً ، وَإِنْ كَانَتِ الأَخِيرَةَ .

اختار واحدة لأنهما صارتا أختين، قال في «المدونة»(٢) : ولا يفسد نكاحها كما يفسد عند من تزوج الأختين في عقد واحد لفساد العقد فيهما وصحته في هاتين ، وهذا هو المشهور .

---

(١) أخرجه مالك (١٢٦٩) ، ومسلم (١٤٤٢) من حديث عائشة رضي الله عنها .
(٢) «المدونة» (٤/ ٢٨٤) .

وقال ابن بكير : لا يجوز أن يختار واحدة ، ورأى ذلك بمنزلة من تزوج الأختين في عقدة واحدة .

تنبيه :

لمرضعة الصغيرتين ثلاث صور : **الأولى**: أن تكون المرضعة أجنبية وحكمها ما تقدم.

الثانية : أن تكون أماً للزوج أو أختاً أو نحو ذلك فلا يجوز له أن يتمسك بواحدة منهما بالاتفاق لصيرورتهن أخوات أو بنات أخوات.

الثالثة : أن تكون المرضعة أيضاً زوجة له وإليها أشار بقوله :

فَلَوْ كَانَتْ الْمُرْضِعَةُ زَوْجَتَهُ وَلَمْ يَبْنِ بِهَا حَرُمَتْ مَعَ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ بَنَى حَرُمَ الْجَمِيعُ...

حرمت الكبيرة للأبد بالعقد على ابنتها .

وقوله : **(مَعَ ذَلِكَ)** أي: مع تحريم إحدى الرضيعتين وإن بنى بالكبيرة حرم الجميع ، أما الكبيرة فللعقد على بناتها ، وأما الصغيرتان فلأنهما بنتان لزوجة مدخولاً بها .

وَتُؤَدَّبُ الْمُتَعَمِّدَةُ للإِفْسَادِ وَلا غُرْمَ عَلَيْهَا .

نحوه في «المدونة» ؛ يعني: أن الكبيرة التي أرضعتهن سواء كانت زوجة أو أجنبية إن لم تكن متعمدة للرضاع فلا أدب عليها ، وإن كانت متعمدة أدبت لإفسادها عصمة أو أكثر على الزوج .

ابن عبد السلام : وهذا بين إن كانت عالمة بالحكم وفي الجاهلة نظر .

قوله : **(وَلاَ غُرْمَ عَلَيْهَا)** لأن الزوج لا غرم عليه وهذا على المشهور ، أما على قول ابن حبيب ومحمد فلا .

وقد تقدم الكلام على ذلك كله عندما تكلم المصنف على هذه المسألة في فصل إسلام المجوسي ، وتقدم أيضاً عن ابن القابسي أن الفسخ على قول ابن القاسم فسخ بغير طلاق.

وَإِذَا اتَّفَقَ الزَّوْجَانِ عَلَى الرَّضَاعِ فُسِخَ وَلا صَدَاقَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَالْمُسَمَّى بَعْدَهُ .

يعني : إذا تزوج امرأة ثم اتفق هو وإياها على أنها أخته من الرضاع ؛ فإن كان ذلك قبل بنائه بها فسخ ولم يكن لها شيء كسائر الفسوخات ، وإن كان بعد البناء فسخ أيضا، وكان لها المسمى لها بما استحل من فرجها .

والذي نص عليه ابن الكاتب وغير واحد: أنه إنما لها بعد البناء ربع دينار كالتي غرت من نفسها وتزوجت في العدة ورجع عليها بالصداق إلا بالربع ، زاد عبد الحق[١]: إلا أن تعذر بسبب ما مما يسقط كونها غارة فلا يرجع عليها بشيء .

وقال اللخمي : أو يكون الزوج عالماً فيكون لها الصداق إذا وقع الدخول .

وحمل ابن عبد السلام قول المصنف : **(وَلَهَا الْمُسَمَّى بَعْدَهُ)** على ما إذا لم تكن عالمة ، قالوا : أما إن كانت عالمة حين العقد فيسقط جميع المسمى إلا ربع دينار لم يكن الزوج حين العقد والدخول عالماً وكانت كالغارة ، قالوا : ولها ربع دينار ، وعلى هذا فيحمل كلام ابن الكاتب وغيره على ما إذا كانت عالمة حين العقد ، وكلام المصنف على ما إذا لم تكن عالمة .

وَإِنِ ادَّعَاهُ فَأَنْكَرَتْ أَخَذَ بِإِقْرَارِهِ ، وَلَهَا نِصْفُهُ .

(أَخَذَ بِإِقْرَارِهِ) أي: يفرق بينهما لإقراره بذلك كالطلاق ، فلذلك كان لها نصفه إن كان إقراره بذلك قبل البناء ، وجميعه إن كان ذلك بعده .

فَإِنِ ادَّعَتْ فَأَنْكَرَهُ لَمْ يَنْدَفِعْ وَلا تَقْدِرُ عَلَى طَلَبِ الْمَهْرِ قَبْلَ الدُّخُولِ .

يعني : وإن ادعت المرأة أنهما أخوان من الرضاع وأنكر ذلك الزوج لم يسمع منها ذلك؛ لأنها تتهم على فسخ النكاح فلا يفسخ ، وهو معنى قوله : **(لَمْ يَنْدَفِعْ وَلا تَقْدِرُ عَلَى طَلَبِ الْمَهْرِ)** ولا شيء منه قبل البناء لإقرارها بفساد العقد .

فَإِنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى إِقْرَارِهِمَا قَبْلَ الْعَقْدِ حُكِمَ عَلَيْهِمَا .

هكذا في «المدونة»، ولا فرق بين أن يدعي ذلك أحد الزوجين أو لا يدعيه ، وقامت البينة على وجه الاحتساب ،ولا إشكال إن قامت البينة على إقرار الرجل لأن إقراره بعد العقد كافٍ في وجوب التفرقة ، فأحرى هنا ، ولهذا سقط الصداق عنه هنا مع قيام البينة بخلاف ما لو لم تقم ، وأما إن قامت على إقرار المرأة فيجب قبول قولها ؛ لأن المانع من قبوله مفقود وهو تهمتها على فسخ النكاح .

وَإِقْرَارُ الأَبَوَيْنِ قَبْلَ النِّكَاحِ كَإِقْرَارِهِمَا ، وَلا يُقْبَلُ بَعْدَهُ .

---

(١) «النكت والفروق» (١/ ٢٤٠) .

يعني : أن إقرار مجموع أبوي الزوجين كإقرار الزوجين ، وسيتكلم على ما إذا أقر أحد الأبوين .

وقوله : (**كَإِقْرَارِهِمَا**) ؛ أي ويفسخ النكاح .

ابن حبيب : وعلى هذا اجتمع مالك وأصحابه ، فأما بعد الدخول فلا يقبل إلا أنه يتنزه عنها .

وَيَثْبُتُ الرَّضَاعُ بشاهدين أو بامرأتين إِنْ كَانَ فَاشِياً مِنْ قَوْلِهِمَا قَبْلَ الْعَقْدِ وَإِلا لَمْ يَثْبُتْ عَلَى الْمَشْهُورِ...

يعني : ويثبت الرضاع بشاهدين ولا خلاف في ذلك ، وبامرأتين ؛ لأن هذا من الأمور التي لا يطلع عليها غالباً إلا النساء .

ابن عبد السلام : وظاهر كلامه أنه متفق على ذلك، وقد صرح بذلك غير واحد، ونقل بعضهم عن ابن الجهم أنه لا يقبل في ذلك إلا أربع نسوة .

وقوله : (**إِنْ كَانَ فَاشِيا مِنْ قَوْلِهِمَا**) عائد على المرأتين فقط ، وأما الرجلان فلا يشترط فيهما ذلك .

قوله : (**وَإِلا**) أي: وإن لم يكن فاشياً لم يقبل قولهما على المشهور .

والمشهور مذهب «المدونة» ، والشاذ لمطرف وابن وهب وابن الماجشون وابن نافع وأصبغ .

اللخمي : وهو أبين، وقد يكون سكوتهما ؛ لأنه لم يحتج إلى شهادتهما ، فلو توجه الأداء عليهما لشهدتا إلا أن ينعقد النكاح بحضرتهما ولم ينكرا .

وقال غيره: الأول أصح ؛ لأن من شأن النساء التحدث بمثل ذلك ، فإن لم يسمع ذلك منهما إلا بعد العقد كان ذلك تهمة توجب رد شهادتهما .

وَالرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ مِثْلُهُمَا .

أي : يشترط الفشو على المشهور، واختلف الشيوخ هل يشترط العدالة مع الفشو ، أو

إنما تشترط مع عدم الفشو على مذهبين ، وإلى الثاني ذهب صاحب «البيان»[(١)] ، والأول مقتضى كلام اللخمي .

ابن عبد السلام : وهو ظاهر إطلاقاتهم .

وَفِي الْوَاحِدَةِ فَاشِيًا مِنْ قَوْلِهِمَا ، قَوْلَانِ .

المشهور عدم القبول ، ويستحب التنزه وهو مذهب «المدونة» ، والقول بالقبول أيضاً لمالك ، ورأى أيضاً : أن الفشو يقوم مقام شاهد آخر .

وَفِي انْفِرَادِ أُمِّ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ أَوْ أَبِيهِ إِذَا لَمْ يَتَوَلَّ الْعَقْدَ ، قَوْلَانِ .

تصور كلامه ظاهر ، ومراده إذا أقر بذلك قبل العقد وإلا فقد تقدم أنه لا يقبل إقرارهما معا بعده .

وما ذكره المصنف نحوه في ابن بشير وابن شاس[(٢)] ، قالا : واختلف في أم الزوج أو الزوجة هل هي كالأجنبية في هذا أو أرفع فتقع الفرقة بقولها ؛ لأنه لا يعرف إلا بقولها ولنفي التهمة .

وكذلك اختلف في أبي الزوجة أو الزوج هل هو كالأجنبي ؟ وذلك إذا لم يكن هو متولي عقد النكاح ، فإن كان متوليه كان كالزوج أو الزوجة ، وإذا أخبر ثم تولاه فسخ ، فإن لم يفسخ حتى كبر الولد وصار الحكم إليه فهل يفسخ نظراً إلى توليه أو لا يفسخ ويكون شاهداً نظراً إلى الحال ؟ فيه خلاف .

ومذهب «المدونة» : التفرقة بين إقرار الأب والأم ، ففيها : وإذا قال الأب : رضع فلان أو فلانة مع ابني الصغير أو مع ابنتي ، ثم قال : أردت الاعتذار ، لم يقبل منه ، وإن تناكحا فرق السلطان بينهما، وفيها : وإن قالت الأم لرجل : أرضعتك مع ابنتي ، ثم قالت : كنت كاذبة أو معتذرة ، لم يقبل قولها الثاني ، ولا أحب له أن يتزوجها .

أبو محمد : فإن تزوجها لم يفرق القاضي بينهما ، فانظر كيف فرق بين إقرار الأب وإقرار الأم .

---

(١) «البيان والتحصيل» (٥/ ٣٦٧) .

(٢) «الجواهر» (٢/ ٢٩٥) .

ونقل ابن حبيب عن مالك عدم التفرقة فقال ما نقله اللخمي عنه: قال مالك وأصحابه إذا قالت ذلك في ابنتها أو ابنها أو قاله الأب في ولده أن التفرقة تقع بينهما بذلك ، ويحكم بالفراق إذا قالوه قبل النكاح .

وقال الشيخ أبو إسحاق : الأقرب ما في «المدونة» إلا أن تكون الأم وصية ؛ أي لأنها تصير كأنها العاقدة للنكاح فكانت كالأب .

عياض : وقيل : لا فرق بين أن تكون وصية أو غيرها بخلاف الأب .

قال في «النكت»(١) : وينبغي أن يلحق الوصي بالأب ؛ لأن عقد النكاح إليه فهو كالأب.

عياض : واختلف إذا فسخ نكاحهما بقول الأب ، ثم كبر الابن ورشد هل ذلك القضاء تحريم وكالحكم بصحة رضاعهما ، وهو قول غير واحد ، وإنما هو حل للعقد لاعتراف عاقده وهو الأب بفساده ولا يسري ذلك إلى تحريم النكاح فيها بعد إذا لم يثبت .

قال في «النكت» (٢): ولو كان الأب إنما قال ذلك في ابنته الثيب أو ابنه الكبير لم يقبل ذلك لا يعقد عليها كرها، ولو قال ذلك في صغر الابنة ، ثم كبرت وصارت ثيباً فنكحته أمر الزوج بالفراق ولا يقضى عليه به .

ابن عبد السلام : وقال بعضهم فيما إذا قال ذلك في صغر الابن أو البنت ثم كبرا فنكحا قولين :

أحدهما : أنه يقضى عليه بالفراق .

والثاني : أنهما يؤمران به من غير جبر .

قال : وقد قيل أيضاً: يدخل فيه قولان إذا كانا كبيرين وإن لم يتقدم له قول في حال صغرهما .

وَيُسْتَحَبُّ التَّنَزُّهُ وَلَوْ بِأَجْنَبِيَّةٍ لَمْ يَفْشُ مِنْ قَوْلِهَا .

يعني : أنه حيث لم توجب الشهادة الحكم بالتفرقة ، إما لأنه قول رجل أو امرأة أو

---

(١) «النكت والفروق» (١/ ٢٤٠) .

(٢) «النكت والفروق» (١/ ٢٤١) .

امرأتين ولم يفشُ من قولهما ، أو أم أحد الزوجين على القول بعدم إيجاب الفراق بذلك، فيستحب التنزه ولو كانت الشهادة أضعف الشهادات وهي شهادة الأجنبية التي لم يفش ذلك من قولها ؛ لأن الصداق ممكن ولا ينبغي لشخص أن يقدم إلا على فرج مقطوع بحليته؛ وفي الصحيحين[1] عن عقبة بن الحارث أنه تزوج بنتاً لأبي إهاب فجاءت أم سوداء وقالت : قد أرضعتكما ، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فأعرض عني ، قال : فتنحيت فذكرت ذلك له ، فقال : «**كيف وقد زعم؟!**» وفي رواية : «**دعها عنك**» ففارقها ونكحت زوجاً غيره، وقوله : «**دعها**» ظاهر في وجوب التفرقة لكن قوله : «**كيف وقد زعمت**»؟! ظاهر في حمل ذلك على الاستحباب .

وَيُعْتَبَرُ رَضَاعُ الْكُفْرِ بَعْدَ الإِسْلامِ .

يعني : كالنسب ، فكما أن النسب لا يرتفع بالإسلام فكذلك الرضاع ولا خلاف فيه.

(١) أخرجه البخاري (٢٥١٦) .

كتاب النفقات

النَّفَقَاتُ : وهي بِنِكَاحٍ وقَرَابَةٍ ومِلْك .

يعـني : أن أسباب وجوب النفـقة ثلاث وبقي رابع وهو الالتزام ، وسكت عنه لكونه إنما أراد ما تجب به في أصل الشرع .

فَتَـجِبُ فِي النِّكَاحِ بالدُّخُولِ أَوْ بِأَنْ يُبْـتَغَى مِنْهُ الدُّخُولُ ولَيْسَ أَحَـدُهُمَا مَرِيضـا مَرَضَ السِّيَاقِ ، وبِمَا يَجِبُ بِهِ الصَّدَاقُ...

الأصل في الوجوب: ما في الصحيحين[١] من حديث هند بنت عتبة أنها قالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيـان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة مـا يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمـه ، فهل عليَّ في ذلك جناح ؟ فقال رسول الله ﷺ : « **خـذِي مِنْ مَالِه بالْمَعْرُوفِ مَا يَكْفِيكِ وَيَكْفِي وَلَدَكِ** » .

وفي الصـحيح[٢] : من حديث أبي هريرة أنه عليه الصـلاة والسلام قال : « **أَفْـضَلُ الصَّدَقَة مَا تَرَكَ غِنيٌّ ، وَالْيَدُ الْعُلْيَا خَيْرٌ مِنَ الْيَد السُّفْلَى ، وَابْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ ، تَقُول الْمَرْأَةُ ، إمَّا أَنْ تُطْعِمَنِي وَإِمَّا أَنْ تُطَلِّقَنِي ، وَيَقُـولُ الْعَبْدُ : أَطْعِمْنِي وَاسْتَعْـمِلْنِي ، وَيَقُولُ الْوَلَدُ : أَطْعِمْنِي إِلَى مَنْ تَدَعنِي** » قالوا : يا أبا هريرة هذا من رسول الله ﷺ سمعته ؟ قال : لا ، هذا من كيس أبي هريرة ، وقال : النسائي[٣] في هذا الحديث : «**ابدأ بمن تعـول**» ، فقيل : فمن أعول يا رسول الله ، قال : « **امرأتك تقول أطعمني أو فارقني ، وخادمك تقول : أطعمني واستعملني ، وولدك يقول : إلى من تركتني** » .

وقـــوله : (**أَوْ بِأَنْ يُبْـتَغَى مِنْهُ الدُّخُـولُ**) يعني: أن النفـقة تجب بأحد وجـهين : إما بالدخول، وإما بأن يدعى إلى الدخول ، وكل واحد منهما صحيح أو مريض مرضاً لا يبلغ حد السياق .

---

(١) أخرجه البخاري (٢٠٩٧) ومسلم (١٧١٤) من حديث عائشة رضي الله عنها .

(٢) أخرجه البخاري (٥٠٤٠) .

(٣) أخرجه النسائي (٢٥٤٣) .

واعلم أن المرض على ثلاثة أقسام : إن كانت مريضة يمكن منها الاستمتاع وجبت لها النفقة ، وإن بلغت حد السياق لم تجب ، وإن لم تبلغ حد السياق ولم يمكن منها الاستمتاع فمذهب «المدونة» الوجوب ، ومذهب سحنون في «السليمانية» عدمه كالصغيرة .

اللخمي : وهو أحسن وهو المفهوم من قول مالك .

وكلام المصنف جارٍ على مذهب المدونة ؛ لأن قوله : وليس أحدهما مريضاً مرض السياق ؛ يقتضي أن أحدهما إن كان مريضاً مرض السياق لا نفقة عليه ، ويقتضي أن ما دون ذلك لا يمنع النفقة .

ابن عبد السلام : وأنكر بعض المتأخرين عن اللخمي حكاية الخلاف في القسم الثالث.

وقد ذكر ابن الحارث[1] الخلاف كما ذكره اللخمي ، وليس قوله : وبما يجب به الصداق سبباً ثالثاً لوجوب نفقة الزوجة وإنما هو من تمام السبب الثاني ؛ إذ لا يكفي الدعاء إلى الدخول مع السلامة من المرض ، بل حتى يكون الزوج بالغاً على المشهور ومطيقاً للوطء على الشاذ وأن تكون هي مطيقة للوطء .

وفهم من كلام المصنف: أن النفقة لا تجب بمجرد العقد وهو المشهور ، وفهم جماعة من كتاب الزكاة الثاني من «المدونة» وجوب نفقة الزوجة بعقد النكاح وجعلوه خلافاً لما في النكاح .

وحكى صاحب «الطرر» وغيره عن سحنون التفرقة بين ذات الأب واليتيمة ، فتجب لليتيمة بالعقد دون ذات الأب .

وَتُعْتَبَرُ بِحَالِ الزَّوْجِ والزَّوْجَةِ ، والبَلَدِ والسِّعْرِ اتِّفَاقا .

يعني : أن الاعتبار في النفقة بحال الزوج والزوجة في العسر واليسر وكذلك أيضاً يعتبر البلد والسعر ؛ إذ ليس بلد الجدب كبلد الخصب وليس زمان الرخاء كزمان الغلاء فإن الناس يقنعون بالقليل في زمن الغلاء بخلاف الرخص ، وقد يقال : الاتفاق الذي حكاه المصنف منقوص بما سيأتي لابن القاسم أنه لا يلزم الحرير مطلقاً وإن كان عادتهم فانظره ، إلا أن يقال : كلامه هنا إنما هو بالنسبة إلى النفقة .

وإِنْ وَقَعَ خِلافٌ فَلِتَغَيُّرِهِ .

---

(١) «أصول الفتيا» (ص ١٩٢).

يعني : أن ما وقع في المذهب من الخلاف في قدر النفقة وشبه ذلك فإنما هو لتغير حال البلد أو السعر .

وفي بعض النسخ (فلغيره) وليست بجيدة ؛ لأنه ليس الخلاف لغير المذكور بل لما ذكر، ويحتمل ضمير فلتغيره أن يعود على المتقدم ، ويحتمل عوده على البلد ، ألا ترى قوله : (**وَقَدَّرَ مَالكٌ ...إلخ**) .

ابن راشد : ويحتمل أن يعود على الحال ؛ أي ليس في المذهب خلاف في اعتبار حال الزوج والزوجة .

ويحتمل أن يعود على السعر وهو عندي أصوب ؛ لقوله : (**وَقَدَّرَ مَالكٌ الْمُدَّ فِي الْيَوْمَيْنِ... إلخ**) قال : ولكن ما ذكره من اعتبار حال الزوج يشكل بالمرأة الأكولة جداً فإن الواجب عليه أن يشبعها أو يفارقها ، فإذا كانت المرأة تأكل ربية وحاله مداً ومدين فأين اعتبار حاله، وإنما ذكر ما هو الغالب ، أما لو استأجر أجيراً بطعامه فظهر أكولاً ففي «المبسوط»: له أن يفسخ الإجارة ؛ لأنه كعيب وجده إلا أن يرضى الأجير بطعام وسط فليس عليه أن يجبره على ذلك ؛ لئلا يضر به .

بعض الأصحاب : ويحتمل أن يعطيه طعاماً وسطاً كمن استؤجر على حمل رجلين لم يرهما فأوتي بهما عظيمين فلا يلزمه حملهما ويأتي بالوسط وفيه نظر ؛ لأن المحمول لا يتعين فلذلك ألزم فيه الوسط .

وَقَدَّرَ مَالكٌ الْمُدَّ فِي الْيَوْمَيْنِ ، وَقَدَّرَ ابْنُ الْقَاسمِ ويبتين ونصْفًا في الشَّهْرِ إِلَى ثَلاثَة ؛ لأَنَّ مَالكًا بِالْمَدِينَةِ ، وابْنُ الْقَاسِمِ بِمِصْرَ ، وَقَالَ : إِنْ أَكَلَ النَّاسُ الشَّعِيرَ أَكَلَتْهُ...

هذا تمثيل للخلاف الواقع لاختلاف البلد أو السعر ، والمراد بالمد هنا المد الهشامي وهو منسوب إلى هشام بن إسماعيل المخزومي وكان أميراً بالمدينة في خلافة هشام بن عبد الملك، كانت المرأة تأتيه ليفرض لها النفقة فكان يستقل أن يفرض لها بالمد الأصغر فرأى الزيادة عليه فزاد ثم زاد ، ثم جمعه وجعله مداً ، وتبعه على ذلك حكام المدينة وبلغ ذلك مالكاً فاستحسنه لما كان هو غالب أقواتهم .

ابن حبيب وغيره : وفي الويبة اثنان وعشرون مداً بمد النبي ﷺ .

وقوله : (**لأَنَّ مَالكاً...إلخ**) بيان للوجه الذي قاله كل منهما لتوسع أهل مصر واقتصار أهل المدينة على القليل .

وقوله : (وَلَوْ أَكَلَ النَّاسُ الشَّعِيرَ ... إلخ) تصوره ظاهر .

وَأَمْرُ الإِدَامِ كَذَلِكَ ، وَلا يُفْرَضُ مِثْلُ الْعَسَلِ ، والسَّمْنِ ، والْحَالُومِ ، وَالْفَاكِهَةِ ، ويُفْرَضُ الْخَلُّ ، وَالزَّيْتُ ، والْحَطَبُ، وَالْمَاءُ، والْمِلْحُ ، واللَّحْمُ الْمَرَّةَ بَعْدَ الْمَرَّةِ ، قَالَ : وَلَيْسَ الْمُرْضِعُ كَغَيْرِهَا فَتُزَادُ مَا تَتَقَوَّى بِهِ كذلك.

أي: فيعتبر بحال الرجل والمرأة والسعر والبلد، ابن حبيب : ولا يفرض لها فاكهة ولا عسل ولا جبن ولا طير ونحوه ، نقله اللخمي عن محمد إلا أنه لم ينص على عدم فرض الفاكهة، قال: وقول ابن حبيب : لا تفرض فاكهة ؛ يحسن في المتوسط لا في ذي اليسار.

وزاد ابن شاس[(١)] عنه بعد قوله : ولا فاكهة لا خضراء ولا يابسة ولا القطنية ولا ما أشبه ذلك ؛ ويفرض الخل والزيت للأكل والوقيد والماء للشرب والغسل والوضوء .

وقوله : (واللَّحْمُ الْمَرَّةَ بَعْدَ الْمَرَّةِ) قالوا : ولا يفرض كل يوم .

وقوله : (وَلَيْسَ الْمُرْضِعُ كَغَيْرِهَا) أي: فتزاد بحسب الحال .

فرعان :

الأول : لو أراد الرجل أن تأكل معه المرأة ولم ترضَ المرأة إلا بالفرض فالقول قولها ، نص عليه غير واحد، وكذلك أيضاً تضم نفقة بنيه الأصاغر إلى نفقتها إلا أن يكون مقلاً فلا تضم نفقتهم معها ، وينفق على ولده بقدر طاقته وإلا فهم من فقراء المسلمين ، ولا يفرق بينهم وبين أمهم وجد ما ينفق عليهم أم لا ، قاله المتيطي .

الثاني : لو مرضت المرأة فقل أكلها أو خرجت قليلة الأكل وطلبت قوتاً كاملاً فهل يقضي لها به أم لا يقضي لها إلا بكفايتها ؟

أبو عمران : يقضي بالوسط وتصرف الباقي فيما أحبت ، وتردد في ذلك ابن سهل.

وقال المتيطي : الصواب عندي أنه لا يكون لها إلا ما تقدر عليه من الأكل، وذلك أحق في المريضة من الصحيحة ؛ إذ النفقة في مقابلة الاستمتاع .

ابن راشد : وليس لمالك فيها نص .

---

(١) «الجواهر» (٢/٢٩٧) .

وأَمْرُ الْكِسْوَةِ كَذَلِكَ .

أي : فيرجع أيضاً في جنسها ، وقدرها إلى حالها وحاله في النفقة ، ويعتبر أيضاً الزمان والمكان .

ممَّا يَصْلُحُ لِلشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ منْ قَميصٍ ، وجُبَّةٍ ، وخمَارٍ ، ومقْنَعَةٍ ، وإزَارٍ ، وشِبْهِه ممَّا لا غنَاءَ عَنْهُ وغطَاءٍ ، ووِطَاءٍ ، ووِسَادَةٍ ، وسَرِيرٍ ، إِنِ احْتِيجَ إِلَيْهِ لِعَقَارِيبَ أَوْ بَرَاغِيثَ أَوْ فِئْرَانٍ...

تصوره واضح، وذكر ابن حبيب أكثر مما قاله المصنف على حسب ما اقتضته بلاده كالفرو واللفافة .

وقوله : (وإِزَارٍ) يحتمل أن يريد به ما تشده في وسطها ، ويحتمل أن يريد به ما تتأزر به في خروجها فيؤخذ من كلامه أنه يفرض عليه الإزار للخروج .

وفي اللخمي : ويختلف في ثياب خروجها كالثياب التي جرت العادة أن تخرج بها والملحفة ، والظاهر من المذهب لا شيء لها ، وقال في «المبسوط» : يفرض على الغني ثياب خروجها .

ابن حبيب : وعليه حصير من حلف أو بردي يكون تحت الفراش ، وينبغي أن يرجع إلى العرف في جميع هذه الأشياء .

قَالَ أَشْهَبُ : وَمِنْهُنَّ لَوْ كَسَاهَا الصُّوفَ أَنْصَفَ ، وأُخْرَى لَوْ كَسَاهَا الصُّوفَ أُدِّبَ .

هذا ظاهر ؛ لأن حكم الكسوة يختلف باختلاف أحوال الزوجات .

قَالَ مَالِكٌ : ولا يَلْزَمُهُ الْحَرِيرُ ، فَعَمَّمَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ ، وتَأَوَّلَهُ ابْنُ القَصَّارِ لِلْمَدَنِيَّةِ لِقَنَاعَتِهِمْ...

تأويل ابن القصار هو الصواب عند جماعة من الشيوخ .

وَالأَصْلُ أَنَّ مَا هُوَ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ يُفْرَضُ ، وَمَا هُوَ زِيَادَةٌ فِي مَعْنَى السَّرَفِ لا يُفْرَضُ ، ومَا هُوَ مِنَ التَّوَسُّعِ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهَا ولَكِنَّهُ عَادَتُهَا فِيهِ قَوْلانِ...

هذا الضابط الذي ذكره المصنف لابن بشير ، ومن أمثلة ما هو من التوسع بالنسبة إليها ولكنه عادتها: الحرير .

قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ : ولا يَلْزَمُهُ مَا هُوَ مِنْ شُورَتِهَا الَّتِي هِيَ مِنْ صَدَاقِهَا مِنْ مَلْبَسٍ وَغِطَاءٍ وَوِطَاءٍ ، وَلَهُ عَلَيْهَا الاسْتِمْتَاعُ مَعَهَا بِهِ...

ما ذكره عن عبد الملك قاله ابن حبيب وجماعة من الشيوخ أيضاً ، وهو جارٍ على المشهور أن المرأة يلزمها أن تجهز بصداقها ، وأما على الشاذ فلا .

ابن حبيب : وإن طال العهد وخلقت الشورة أو لم يكن في صداقها ما تتشور به ، فعليه الوسط من ذلك لما يصلح للشتاء والصيف ، وكذلك قال أصبغ : يفرض الوسط لمن لا شورة لها .

وَلَهَا مِنَ الزِّينَةِ مَا تَسْتَضِرُّ بِتَرْكِهِ كَالْكُحْلِ الْمُعْتَادِ ، وَالْحِنَّاءِ ، والدُّهْنِ لِمُعْتَادَتِهِ ، وَنَفَى ابْنُ الْقَاسِمِ الْمُكْحُلَةَ .

هو ظاهر التصور .

ابن المواز : وعليه الحناء لرأسها .

ابن حبيب : وعليه دهن رأسها ويسير حناء ومشط وكحل .

وروى ابن المواز عن ابن القاسم : ليس عليه نضوح ولا صباغ ولا مشط ولا مكحلة، وروى يحيي بن يحيى عن ابن وهب : لها الحناء لرأسها، وليس عليه الطيب والزعفران وخضاب اليدين والرجلين إلا أن يشاء .

الباجي [1]: ومعنى ذلك عندي أنه ليس عليه من زينتها إلا ما تستضر بتركه كالكحل الذي يضر تركه من تعتاده والمشط بالحناء والدهن لمن اعتاد ذلك ؛ لأن ترك ذلك لمن اعتاده يفسد الشعر ويمزقه، والذي نفى ابن القاسم إنما هو المكحلة ولم ينفِ الكحل نفسه ، فتضمن القولان أن الكحل يلزمه دون المكحلة ، وعلى هذا يلزمه ما تمتشط به من الدهن والحناء دون الآلة التي تمتشط بها .

وَلا يَلْزَمُهُ دَوَاءٌ ، وَلا أُجْرَةُ حَجَّامٍ .

هذا أكثر نصوصهم وهو قول ابن حبيب ، ونقل ابن زرقون عن ابن حبيب محمد بن عبد الحكم : أنه يلزمه أجر الطبيب والمداواة ، وهو الظاهر .

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٢٠) .

بِخِلافِ أُجْرَةِ الْقَابِلَةِ لِلْوَلَدِ عَلَى الأَصَحِّ .

أي : فتلزمه ، والأصح لأصبغ وهو اختيار غير واحد ؛ لأنها مما لا بد لها منه كالنفقة، ونقل المتيطي وغيره قولا أن الأجرة كلها على المرأة .

وقال محمد : إن كانت المنفعة للمرأة فعليها ، وإن كانت للولد فعلى الأب ، وإن كانت لهما فذلك بينهما، ويمكن أن يكون مراد المصنف بـ (**الأَصَحِّ**) قول محمد لقوله : (**لِلْوَلَدِ**) والله أعلم .

وَأَمْرُ السُّكْنَى كَذَلِكَ .

أي : فيقدر بحالهما كما في النفقة والكسوة .

وَلَهَا إِخْدَامُهَا بِكِرَاءٍ أَوْ شِرَاءٍ إِنْ كَانَتْ ذَاتَ قَدْرٍ وكَانَ قَادِرًا .

اختلف هل يجب الإخدام على جميع الأزواج كالنفقة والكسوة أو يشترط الاتساع لذلك؟وكلام المصنف محتمل لكل منهما ؛ لأنه إن أراد بالقدرة مطلق القدرة كان كالقول الأول ، وإن أراد بالقدرة الاتساع كان كالثاني .

وقوله : (**بِكِرَاءٍ أَوْ شِرَاءٍ**) يريد : أو ينفق على خادمها .

الباجي [1] : أو يخدمها هو بنفسه .

فرعان :

الأول : فإن ادعى الزوج أنه غير مستطيع للإخدام ففي كون القول قوله أو قولها قولان حكاهما صاحب «الطرر» .

الثاني : إذا عجز عن الإخدام وقدر على النفقة والكسوة ففي «البيان»[2] : المشهور أنه لا يطلق عليه بذلك .

وروى المغيرة عن ابن الماجشون: أنه يطلق به عليه، قال الجوهري[3] : والخادم من يقوم بأمرها مما يليق بمثلها .

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٢٠) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٥/٣٦٨) .

(٣) «الصحاح» (١/ ١٦٥) .

وَفِي إِلْزَامِهِ أَكْثَرَ مِنْ خَادِمٍ فِي الرَّفِيعَةِ ـ ثَالِثُهَا : إِنْ طَالَبَهَا بِأَحْوَالِ الْمُلُوكِيَّةِ لَزِمَهُ...

القول باللزوم لمالك وابن القاسم ، ومقابله لابن القاسم في «الموازية» وقاله أصبغ ، والثالث ذكره ابن بشير .

قال ابن راشد : وجعله إسحاق بن إبراهيم على ما نقله عنه ابن مزين تفسيراً للأول والأظهر الأول ، وعندنا بمصر من يحتاج إلى خدام كثيرة .

فَإِنْ كَانَ لَهَا خَادِمٌ واخْتَارَتْ بَقَاءَهَا لَزِمَتْهُ نَفَقَتُهَا .

هكذا قال مالك وابن القاسم : أنها إن طلبت الإنفاق على خادمها دون خادمه أن القول قولها .

ابن شاس [1]: إلا أن تضمر ريبة، قيل : ولا يكون القول قوله بمجرد دعواه ذلك إلا أن يأتي ببينة على قوله أو يعرف ذلك جيرانه .

فَإِنْ لَمْ تَكُنْ أَهْلاً لِلْخَادِمِ أَوْ كَانَ فَقِيراً فَعَلَيْهَا الْخِدْمَةُ الْبَاطِنَةُ مِنْ عَجْنٍ وكَنْسٍ وفَرْشٍ بِخِلافِ النَّسْجِ والْغَزْلِ وشِبْهِهِ...

تصوره ظاهر .

ابن شاس [2] : وكذلك عليها الطبخ واستقاء الماء إن كان معها في الدار ، وإن كانت ببلد عادتهم استقاء الماء فعليها ذلك ، وإن كان ليس عادتهم استسقاء قال في «البيان»[3] : إلا أن يكون الزوج من أشراف الناس الذين لا يمتهنون أزواجهم في الخدمة فعليه الإخدام ، وإن لم تكن زوجته من ذوات الأقدار .

ابن خويز منداد : وعلى المرأة أن تخدم خدمة مثلها ، فإن كانت ذات قدر فخدمتها الأمر والنهي في مصالح البيت ، وإن كانت دنية فعليها خدمة البيت .

وقوله : **(بِخِلافِ النَّسْجِ والْغَزْلِ)** يريد : والخياطة ونحوها ؛ لأنه ليس من خدمة البيت ، وإنما هو من أنواع التكسب وليس عليها أن تتكسب إلا أن تتطوع به .

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٠٠) .

(٢) «الجواهر» (٢/ ٣٠٠) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٥/ ٤٢٦) .

فرع :

للزوج أن يمنع زوجته من أكل الثوم والكرات وكل ما له رائحة كريهة، وله منعها من الغزل ونحوه نقله ابن راشد .

وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ مَنْعُ أَبَوَي الْمَرْأَةِ وَوَلَدِهَا مِنْ غَيْرِهِ أَنْ يَدْخُلُوا إِلَيْهَا ، وإِنْ حَلَفَ أُحْنِثَ .

إنما لم يكن له منع أبويها وولدها من غيره من الدخول إليها ؛ لأن العادة تقتضي الدخول إليها والتزاور ، وقد ندب الشرع إلى ذلك المشاور ، فإن اتهمهما في إفسادها زاراها في كل جمعة مرة بأمينة تحضر معهما لئلا يَخْلُوا بها .

وفي «المتيطية» : إذا كان للمرأة أولاد من غيره قضى للأصاغر بالدخول عليها في كل يوم وللكبار في كل جمعة .

وظاهر قوله : **(وإِنْ حَلَفَ أُحْنِثَ)** أنه يحنث بمجرد حلفه ألا يدخلوا إليها ، وهو قول مالك في سماع أشهب .

وقال ابن حبيب : لا يحنث حتى يحلف ألا يدخلوا إليها ولا تخرج إليهم ، وينبغي أن يكون الحال في الولد أشد ولاسيما مع صغر السن ، فإن حلف على أبويها أن لا يدخلا ولا تخرج إليهما ، فقيل : يجبر على تحنيثه بأي الأمرين شاء ، إما بدخولهما إليها وإما بخروجها إليهما ، وقيل : يجبر على الدخول أو الخروج ولا يحنث حتى يزيد في يمينه ، ولو حكم عليه حاكم وهما على الخلاف في إكراه القاضي هل يمنع من الحنث أم لا؟

وَلَوْ حَلَفَ عَلَى مَنْعِهَا هِيَ مِنَ الْخُرُوجِ لَمْ يُحَنَّثْ .

إنما لم يحنث هنا ؛ لأنه حلف على من له عليه الحكم بخلاف ما سبق .

وَلاَ يَنْبَغِي أَنْ يَمْنَعَهَا مِنَ الْخُرُوجِ إِلَيْهِمَا فِي لَوَازِمِ الْحُقُوقِ ، ولَوْ حَلَفَ عَلَى ذَلِكَ لَمْ يُحَنَّثْ...

هذه المسألة لم تثبت في كل النسخ وسقطت من نسخة ابن عبد السلام وثبتت في نسخة ابن راشد ، فقال : يريد ما قاله مالك أرى أن يقضى عليه بأن تشهد جنازة أبيها وأمها وتزورهما في الأمر الذي فيه الصلاح والصلة ، وأما الحمام والجنائز فلا أرى عليه ذلك .

وتحقيق المذهب: أن المرأة إذا أرادت الخروج إلى أبيها وأمها فإن كانت متجالة فلا خلاف أنه يقضى لها بالخروج إلى زيارتهما ، وإن كانت شابة وهي غير مأمونة فلا خلاف أنها لا يقضى لها بذلك ولا إلى الحج ، كذا رواه ابن عبد الحكم عن مالك ، وإن كانت مأمونة فقولان :

أحدهما : أنه يقضى عليه بذلك ، **والآخر**: أنه لا يقضى حتى يمنعها من الخروج إليهم ويمنعهم من الدخول إليها ، فحينئذ يقضى عليه بأحدهما .

قال ابن حبيب : والشابة محمولة على أنها مأمونة حتى يثبت أنها غير مأمونة ، وعلى هذا فقول المصنف : فلو حلف على ذلك لم يحنث ؛ ليس على إطلاقه .

فرعان :

الأول :

قال مالك في «العتبية»[1] : ليس للرجل أن يسكن أولاده من امرأة مع امرأة له أخرى، ولا يجمعهم في مسكن واحد إلا أن ترضى .

مالك : وليس له أن يُسكن معها أبويه إلا برضاها .

قال في «البيان»[2] : لما عليها من الضرر من اطلاعهم على أمرها وما تريد أن تستره عنهم من شأنها، وقال ابن الماجشون في المرأة تكون هي وأهل زوجها في دار واحدة فتقول: إن أهلك يؤذونني فأخرجهم عني ، أو أخرجني عنهم : رب امرأة لا يكون لها ذلك يكون صداقها قليلاً وتكون وضيعة القدر ، ولعله أن يكون على ذلك تزوجها وفي المنزل سعة ، فأما ذات القدر فلا بد له أن يعزلها عنهم ، وإن حلف ألا يعزلها أحمل على الحق أبره ذلك أو أحنثه .

قال في «البيان»[3] : وليس قول ابن الماجشون عندي خلافاً لمذهب مالك.

الثاني: إذا كان للمرأة أولاد من غير زوجها وأراد إخراجهم عنه وأبت ذلك ، فإن لم يكن لأولادها من يحضنهم فليس للزوج إخراجهم ، وليس له إلا البقاء معهم أو التطليق

---

(١) «البيان والتحصيل» (٥/ ٤٥٠) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٥/ ٤٥٠) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٥/ ٤٥١) .

علم بهم أو لم يعلم ، وإن كان للأولاد من يحضنهم فإن لم يعلم الزوج بهم فلا يلزمه أن يكونوا معه وله إخراجهم ، وكذلك إذا علم بهم وأبى من البناء بها لأجلهم ، وأما إن علم بهم وبنى بالأم وهو عالم أن لها ولداً ثم أراد إزالته عنها ففي ذلك قولان : ظاهر ما في «العتبية» أنه ليس له إزالته ، وقال ابن الماجشون : له ذلك .

وَيَجُوزُ أَنْ تُعْطَى عَنْ جَمِيعِ لَوَازِمِهَا ثَمَناً إلا الطَّعَامَ فَفِيهِ قَوْلانِ .

ظاهره: أن الذي على الزوج في الأصل هو ما يفرض للمرأة لا ثمنه ، وأن للزوج أن يعطي الثمن عن ذلك ، وهو ظاهر المذهب .

وقال ابن وهب : هو بالخيار إن شاء فرض ذلك وإن شاء فرض ثمنه .

واستشكله عياض وقال : القياس ألا يكون له دفع الثمن إلا برضاها ؛ لأنه إنما هو وجب عليه طعام وكسوة ولم تجب عليه قيمة فلا يلزم الزوج غير ذلك ، وكذلك لا يلزمها قبول الثمن لما يلزمها من مؤنة تكليف الشراء ، وقد تختلف الأثمان بارتفاع الأسواق فيضر ذلك بها .

وحكى أبو الحسن في المسألة أربعة أقوال : قيل : يفرض الثمن ، وقيل : العين ، وقيل : إن كانت الأعيان مما يجوز بيعها قبل قبضها فرض لها الأثمان ، وإن كانت مما لا يجوز بيعها قبل قبضها فرض لها الأعيان ، وقيل : الإمام مخير بين أن يفرض لها الأثمان أو الأعيان، وأخذ من «المدونة» من قوله : إن للرجل أن يحاسب امرأته بدينه الذي له عليها من نفقتها أنه إن شاء دفع النفقة عيناً لم يجبر على غير ذلك .

وقوله : (**إِلا الطَّعَامَ فَفِيهِ قَوْلانِ**) منشأهما : هل تحريم بيع الطعام قبل قبضه غير معلل فيمنع ، أو معلل بالغيبة فيجوز ؛ لأنها مفقودة بين الزوجين ؟

وَتَقْدِيرُ زَمَانِ النَّفَقَةِ عَلَى حَالِ الزَّوْجِ فَقَدْ يَكُونُ بِالْيَوْمِ أَوْ بِالْجُمُعَةِ أَوْ بِالشَّهْرِ وَقَدْ يَكُونُ بِخُبْزِ السُّوقِ...

لأن من الناس من يكون رزقه باليوم كالصناع والأجراء فيفرض عليهم به ، ومنهم من يكون بالجمعة فيفرض عليهم بها ، ومنهم من يكون بالشهر فيفرض عليهم به ، وأجاز ابن القاسم أن يفرض بالسنة ومنع ذلك سحنون لحوالة الأسواق ، وقد يكون بخبز السوق ؛ لأن بعض الناس لا يقدر إلا على ذلك .

اللخمي : وأما الكسوة فتفرض مرتين في الشتاء والصيف ؛ لأنها مما لا يتبعض ، وتكون بالشهر والأيام وكذلك الغطاء والوطاء .

وَتَضْمَنُهَا بِالْقَبْضِ ، وَكَذَلِكَ نَفَقَةُ وَلَدِهَا .

يعني : أن المرأة إذا قبضت نفقة مدة مستقبلة فضمانها لو هلكت منها ، وسواء قامت لها البينة على الضياع أم لا ، هذا ظاهر «المدونة» ونص «الموازية» .

وخرج اللخمي قولا بسقوط الضمان مع قيام البينة على الضياع مما قيل في الصداق العين .

ابن بشير : ولا يلزم ؛ لأن الخلاف في الصداق إنما هو إذا طلق فوجب الرجوع بنصفه، وفي المذهب قولان: هل تستحق جميعه بالعقد أم لا؟ وأما النفقة فقد وجبت لها.

وقوله : (**وَكَذَلِكَ نَفَقَةُ وَلَدِهَا**) أي: تضمنها .

عياض : إلا أن تقدم لها بينة على الهلاك فلا تضمنها ؛ لأنها لم تقبضها لنفسها ولا هي متمحضة للأمانة ؛ لأنها إنما أخذتها لحق ولدها فتضمنها كالرهان والعواري ، وهذا إنما هو فيما تأخذه لولدها من كسوة ونفقة للإنفاق عليهم ، وأما ما تأخذه أجرة للرضاع بعد الطلاق فهو كنفقتها .

ابن عبد السلام : وذكر بعضهم فيما تلف مما قبضته لها ولولدها من كسوة ونفقة ببينة ثلاثة أقوال : قيل: تضمنه وقيل: لا تضمنه ، والفرق بين ما تقبضه عن نفسها فتضمنه وما قبضته عن ولدها فلا تضمنه ، وقيل : كل ما تقبضه لولدها أنها مصدقة في تلفه وتحلف .

وَيُحَاسِبهَا مِنْ دَيْنِه إِنْ كَانَتْ مُوسِرَةً ، وَإِلا فَلا .

يعني : إذا كان له على زوجته دين وطلبته بنفقتها فله المقاصة ما لم يؤدِّ ذلك إلى ضررها كما إذا كانت فقيرة، وكذلك قال في «المدونة» : قيل : ومعناه أن دينها من نوع ما فرض عليه، وأخذ من هذه المسألة شيئان :

أولهما : إلزام المتداينين المقاصة إذا دعا إليها أحدهما وهو المشهور وسيأتي .

وثانيهما : أن للزوج دفع النفقة عيناً ولا يجبر على غير ذلك ، إلا أن هذا الثاني لا يتم على تأويل من تأول أن الدين من جنس ما وجب لها عليه، والله أعلم .

وَتَسْقُطُ النَّفَقَةُ بِالنُّشُوزِ .

ابن شـاس[١] : هذه هي الرواية المشهورة، وذكر ابن بشـير: أن الأبهري وغيره حكوا الإجماع عليها، وفيه نظر ؛ لأن في «الموازية»: أنها لا تسقط به .

المتـــيطي : وهو الأشهر، وفرق سـحنون : فإن نشزت لبغضه فلهـا النفقة لا إن كان لدعواها الطلاق ، والسقـوط هو اختيار الباجي واللخمي وابن يونس وغـيرهـم ، وهو قيد بها إذا لم تكن حاملاً ، نص عليه صاحب «الكافي»[٢] وغيره .

وَهُوَ: مَنْعُ الْوَطْءِ وَالاسْتِمْتَاعِ ، أَوِ الْخُرُوجُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ولا يَقْـدِرُ عَلَى رَدِّهَا ، وَأَمَّا الْقَادِرُ فَيَتْرُكُهَا فَلَهَا اتِّبَاعُهُ بِالنَّفَقَةِ...

هذا تفسير للنشوز المسقط للنفقة وتصورة ظاهر ، والخروج مرفوع بالعطف على منع، وكلام المصنف يقرب من كلام صاحب «الجواهر»[٣] .

وفي كتاب «الوقار»: وإن حجبت نفسها من زوجها وطلبت منه النفقة فلا نفقة لها ما حجبت عنه نفسها ، وإن كانت معه في منزل فمنعته نفسها فعليه النفقة وعليه الاحتيال في الوصول إليهـا ، وظاهر كلام المصنف أنها إذا منعتـه الوطء فهو نشوز وإن كـانت معه في الدار .

قـوله : (**وَأَمَّا الْقَادِرُ فَيَتْرُكُهَـا فَلَهَا اتِّبَاعُهُ بِالنَّفَقَةِ**) هكذا نص عليه ابـن القابسي وهو ظاهر ؛ لأن النشوز حينئـذ لا يتحقق ؛ إذا قدرته على الرد قدرة على الاسـتمتاع ، ولكن يؤدبها هو أو غيره على خروجها بغير إذنه .

ابن عبـد السلام : وينبغي أن يكون وجوب النفقة لها هنا مـتفقاً عليه وهو ظاهر كلام بعضهم ، على أن بعضهم عده قولاً آخر للقابسي .

وَلَهُ السَّفَرُ بِهَا وَإِنْ كَرِهَتْ .

هذا بشرط أن يكون مأموناً عليها ، وأن يكون البلد الذي يسـافر إليه مأموناً ، والسفر كذلك نص عليه ابن الجلاب[٤].

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٣١٥) .

(٢) «الكافي» (ص/ ٢٥٥) .

(٣) «الجواهر» (٢/ ٣١٥) .

(٤) «التفريع» (٢/ ٧٩) .

وَتَسْقُطُ بِالطَّلَاقِ الْبَائِنِ دُونَ الرَّجْعِيِّ .

سقطت بالبائن لانقطاع الزوجية ولقوله تعالى : ﴿ **وَإِن كُنَّ أُوْلَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** ﴾ [الطلاق:٦] والمراد المطلقة البائن ، فدل على أنه لا نفقة لها إذ لم تكن حاملاً ، وأما الرجعي فهي في حكم الزوجة .

وَالْبَائِنُ فِي السُّكْنَى وَنَفَقَةَ الْحَمْلِ كَالرَّجْعِيَّةِ .

للآية المتقدمة، واعلم أن أصحابنا حيث ذكروا نفقة الحمل فإنما يريدون حمل البائن، وأما من في العصمة والرجعية والمتوفى عنها فلا نفقة لحملهن، أما الأوليان فلاندراج نفقة الحمل في النفقة عليهما، وأما المتوفى عنها فحملها وارث، وحيثما وجبت النفقة وجبت الكسوة .

ابن القاسم : وإن طلبت المبتوتة الحامل الكسوة فإن كانت في أول الحمل فذلك لها ، وإن لم يبق من آخر الحمل إلا ثلاثة أشهر ونحوها قُوِّم ما كان يصير لتلك الشهور من الكسوة، ولو كسيت في أول الحمل، ثم أعطيت تلك القيمة دراهم .

قال في «البيان» [1]: وقوله : إن كانت في أول الحمل فذلك لها ؛ إنما هو إذا كانت الكسوة مما تبلى في مدة الحمل ، وأما إن كانت مثل الفرو وشبهه فالوجه أن ينظر إلى ما ينقصه اللباس في مدة الحمل فيعرف ما يقع للأشهر الباقية .

فروع :

الأول: قال اللخمي: اختلف إذا بليت الكسوة قبل الوقت الذي فرض لها هل يكون كحكم مضى أم لا كالخارص يتبين خطؤه والذي أخذ دية عينه ثم برئت، فقد اختلف في ذلك .

الثاني : قال في كتاب القذف من «المدونة» [2]: قال مالك : وإن دفع إليها نفقة سنة أو كسوتها بفريضة أو بغير فريضة ثم مات أحدهما بعد يوم أو يومين أو شهر أو شهرين فلترد النفقة بقدر ما بقي من السنة، واستحسن في الكسوة ألا ترد إذا مات أحدهما بعد أشهر لا ترد شيئاً، فقال: لا يعتدل هذا تعطيها الكسوة تلبسها ثلاثة أشهر ثم لا تتبع بشي.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٥/ ٣٦٣) .

(٢) «المدونة» (٦ / ٢٠٤) .

الثالث : سئل ابن عتاب عن المطلقة المرضع أو الحامل هل لها خدمة على الزوج إن كانت عنده مخدومة قبل الطلاق ؟ فقال : لا خدمة لها وعليها خدمة نفسها . قال : ويحتمل أن تزاد المرضع في الأجرة لاشتغالها بالولد وما تتكلفه من مؤنته .

أبو الأصبغ : وفي «المدونة» في الحامل والمحضونين خلاف ما ذكره .

فَلَوْ مَاتَ فَالْمَشْهُورُ وَجُوبُهَا فِي مَالِهِ ، وَرَوَى ابْنُ نَافِعٍ : هِيَ وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا سَوَاءٌ .

يعني : فلو طلَّقها زوجها طلاقاً بائناً فوجب لها السكنى ثم مات عنها قبل أن تنقضي عدتها فالمشهور لا يسقط ما وجب لها بموته ؛ لأن السكنى وجبت ديناً عليه .

(**وَرَوَى ابْنُ نَافِعٍ : هِيَ وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا سَوَاءٌ**) لا سكنى لها . واختار هذه الرواية يحيى بن عمر وصاحب « البيان» .

وقال في «البيان»(١) : لأن السكنى لم تتقرر في ذمته بدليل أنه لو أعسر في حياته لسقط عنه السكنى ، قال : ولو كان الطلاق رجعيا لم يختلف في سقوط السكنى كما تسقط النفقة لأن المرأة ترجع إلى عدة الوفاة فلا سكنى لها إلا أن تكون الدار للميت أو نقد كرائها. انتهى .

واختلف الشيوخ في فهم رواية ابن نافع ؛ ففهمها بعضهم على أنه لا سكنى لها مطلقاً ، وفهمها بعضهم على أنها لا سكنى لها حيث لا سكنى للمتوفى عنها زوجها ، أعنى إذا لم تكن الدار للميت ولا نقد كرائها وإلا فتجب كما تجب للمتوفى عنها وهو ظاهر لفظ التسوية المذكورة في الرواية .

ومن فهمها على الوجه الأول عد التفرقة قولاً ثالثاً؛ لأنه وقع نصا لابن القاسم في «المدونة» .

تنبيه : ما ذكره المصنف أنه المشهور وهو مذهب «المدونة» نص عليه في باب نفقة المعتدات، وعارضه فضل بما في إرخاء الستور إذا خالع حاملاً فلزمته النفقة ثم مات أنها تنقطع عنها بموته .

قال فضل : هذا خلاف ما له في كتاب طلاق السنة وهو موافق لرواية ابن نافع .

---

(١) «البيان والتحصيل» (٣/ ٣٦٥) .

وفرق بعض القرويين: بأن النفقة حق للحمل على أبيه وبعد موت الأب صار الحمل وارثاً فلم تجب له نفقة في مال الميت بخلاف السكنى فإنها حق تعلق بذمة المطلق لمطلقته فلا يسقطها الموت كسائر الديون .

فَلَوْ كَانَتْ مُرْضِعَةً فَعَلَيْهِ مَعَ نَفَقَةِ الْحَمْلِ نَفَقَةُ الرَّضَاعِ .

يعني : فلو كانت البائن الحامل مرضعة لزيد لها مع نفقة الحمل نفقة الرضاع ، وظاهره أنها تأخذ جميع النفقتين على الكمال، وصرح في «العتبية» بذلك ، قال في «البيان»(١) : لأنها لا رضاع عليها إلا أن تشاء فتكون لها الأجرة لقوله تعالى : ﴿ **فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ** ﴾ [الطلاق:٦] فليس وجوب النفقة لها بسبب الحمل بالذي يسقط ما وجب لها من الأجرة .

ابن عبد السلام : وقيل : إنما تأخذ نفقة واحدة، وحكى بعضهم الخلاف في ذلك مجملاً ، وقيل : وهو دليل «المدونة» أنه ليس لها إلا نفقة الحمل وحدها؛ لأن في كتاب الرضاع منها أن على المرأة أن ترضع ولدها بعد الطلاق في العدة ما دامت النفقة على الزوج.

قال في «البيان»(٢) : فذهب بعضهم إلى أن هذا مخالف لما في «العتبية» وليس بصحيح .

وَلِلْمُلاعَنَةِ السُّكْنَى لا نَفَقَةُ الْحَمْلِ كَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا .

إنما وجب للملاعنة السكنى لكونها محبوسة بسببه كما تقدم .

وقوله : (**لا نَفَقَةُ الْحَمْلِ**) لأنه غير لاحق به كالمتوفى عنها تشبيه في الحكم فقط لا في سبب؛ لأن سبب عدم وجوب النفقة لحمل الملاعنة عدم لحوقه ، وسبب عدم الوجوب للمتوفى عنها لأن حملها وارث.

وَلا نَفَقَةَ لِحَمْلِ أَمَةٍ لأَنَّهُ رَقِيقٌ وإِنْ كَانَ الزَّوْجُ حُرّاً .

يعني : أن من تزوج أمة ثم طلقها طلاقاً بائناً فلا نفقة لحملها سواء كان زوجها حرا أو عبداً ؛ لأن حمل الأمة ملك لسيدها ولا ينفق على عبد الغير .

---

(١) «البيان والتحصيل» (٥/ ٣٨١) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٥/ ٣٨١) .

وَلا عَلَى عَبْدٍ لِحَمْلٍ أَوْ وَلَدٍ وإِنْ كَانَتِ الزَّوْجَةُ حُرَّةً إلا أَنْ تَكُونَ رَجْعِيَّةً فِيهِمَا .

يعني: أن العبد إذا تزوج امرأة حرة كانت أو أمة فطلقها بعد البناء طلاقاً بائناً وهي حامل لم يكن لها نفقة لذلك الحمل ؛ لأنه لا يجب على العبد أن ينفق على ولده ؛ لأنه إتلاف لمال سيده فيما لا يعود على سيده منه منفعة ، فإن أعتق العبد قبل الوضع فإن كانت حرة أنفق على حملها بخلاف الأمة إلا أن تعتق هي أيضاً، قاله في «المدونة» .

وقوله : (**إلا أَنْ تَكُونَ رَجْعِيَّةً فِيهِمَا**) أي: في هذا الفرع والذي قبله؛ لأن الرجعية في حكم الزوجة .

وَتَجِبُ بِثُبُوتِ الْحَمْلِ بِالنِّسَاءِ .

يعني : إذا شهدت امرأتان بظهور الحمل وبتحرك الولد وهو راجع إلى المشهور.

وسمعت بعض شيوخنا يقول : إنه ثالث، ونظير هذه المسألة: هل تلاعن لظهور الحمل أم لا؟ قال في «الجلاب» (١): وتعطى حين يظهر حملها بحركته نفقة الحمل كله من أوله إلى آخره .

وَفِي رُجُوعِهِ ثَالِثُهَا : إِنْ كَانَ بِحُكْمٍ رَجَعَ ، وَرَابِعُهَا : عَكْسُهُ .

أي : وإذا فرعنا على المشهور وأنفق لظهور الحمل ثم تبين ألا حمل فهل يرجع بالنفقة أم لا؟ أربعة أقوال : فالرجوع مطلقاً ، قال في «البيان»(٢) : هو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك، واختاره ابن المواز وغيره؛ لأنه إنما أنفق على الحمل لا على وجه الصدقة والصلة، وعدم الرجوع مطلقاً لمالك في «الموازية» .

والثالث لمالك في «العتبية»(٣) : إن دفع لها بحكم رجع عليها لأنه قد استبان أن الأمر على خلاف ما ثبت ، وإن دفع بغير حكم لم يرجع عليها لأنه متطوع .

والرابع عكسه : ووجهه أنه مع قضاء القاضي لو رجع عليها لكان في معنى نقض الحكم بخلاف ما إذا لم يقض ، ونسبه ابن راشد لعبد الملك ، قال : ورواه عن مالك .

---

(١) «التفريع» (٢/ ٨٠) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٥/ ٣٨٣) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٥/ ٣٨٣) .

خليل : وفيه نظر ، فإن الذي لعبد الملك إنما هو القول الأول على ما في «البيان»[١] وغيره ، قال في «البيان»[٢] : ولهذه المسألة نظائر: منها: مسألة كتاب الشفعة من «المدونة» في الذي يثيب على الصدقة وهو يظن أن الثواب يلزمه، ومنها: مسألة كتاب الصلح فيها في الذي يصالح عن دم خطأ وهو يظن أن الدية تلزمه .

وَتَسْقُطُ بِالإِعْسَارِ فِي زَمَانِ وُجُوبِهَا فَلا تَرْجِعُ بِمَا أَنْفَقَتْهُ فِي غَيْبَتِهِ أَوْ حُضُورِهِ .

يعني : أن نفقة الزوجة لا تجب إلا بشرط الملاء ولو كان الزوج قد دخل بزوجته وهو مراده بقوله : (**فِي زَمَانِ وُجُوبِهَا**) ودليله قوله تعالى : ﴿**لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ مَا آتَاهَا**﴾ [الطلاق:٧] ، وهذا معسر لم يؤته الله شيئاً فلا يكلف شيئاً ، وإذا لم يكلف بها لم ترجع عليه بما أنفقت في تلك المدة .

بِخِلافِ مَا أَنْفَقَتْهُ عَلَيْهِ مُعْسِراً أَوْ مُوسِراً كَالْمُنْفِقِ عَلَى أَجْنَبِي إِلا أَنْ يَكُونَ بِمَعْنَى الصِّلَةِ، وَلا يُقْضَى بِالسَّرَفِ مِنْ ذَلِكَ كَدَجَاجٍ وَخِرَافٍ...

أي : فترجع بما أنفقته عليه ولو كان معسراً ؛ إذ كأنها أسلفته ، والتسلف يثبت في ذمة المعسر فترجع عليه كما ترجع إذا أنفقت على أجنبي إلا أن يكون بمعنى الصلة ؛ أي في الزوج والأجنبي فلا ترجع ولا إشكال في ذلك، وخالف اللخمي في الزوج ورأى أنها لا ترجع بما أنفقته عليه وإن لم تكن على وجه الصلة لأن ذلك مكارمة ، ولأنه قيل من قول ابن القاسم إذا أسكنته دارها ، ولأنه لا ثواب بين الزوجين إلا أن يشترط أو يرى ذلك .

وقوله : (**ولا يُقْضَى...إلخ**) يعني: إذا وجب الرجوع لها على زوجها بما أنفقته عليه أو على نفسها أو ولدها ووجب الرجوع بما أنفقته على الأجنبي فإنها ترجع عليه بالمعتاد في حق المنفق عليه ، فأما ما كان سرفاً بالنسبة إليه فلا ترجع به على المنفق عليه، لأن المفهوم من قصد المنفق العطية إلا أن تكون التوسعة في زمنها كالأعياد فترجع بذلك، ولم يذكروا في ذلك خلافاً، وقد اختلف في مسألة مشتري الدار على أن ينفق على البائع حيلة هل يرجع المشتري إذا فسخ البيع بالسرف أم لا ، وفرقوا بينها وبين مسألة الزوجة بأن العطية في مسألة الشراء لأجل الشراء فترجع بها على ما هو الأصل في الهبة لأجل البيع ولأجل النكاح .

---

(١) «البيان والتحصيل» (١٠/٢٠٧) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٠/٢٠٧) .

ابن عبد السلام : وهذا إنما ينهض حيث تقول المرأة: قصدت الرجوع بما أنفقت ، ويقول زوجها أو الأجنبي: إنما ظننت أن النفقة على وجه الصلة ؛ لم يقبل ذلك منه وقُضي لها، وأما إن اتفق المنفقُ والمنفَق عليه أن النفقة على الرجوع فلا يتحقق ذلك الفرق ، والله أعلم .

فرعان :

الأول : لا تسقط النفقة بما إذا تعذر الوطء من غير جهتها كمرض أو حيض أو جنون، وكذلك لو دخل على رتقها ، وكذلك إذا أذن لها في حج التطوع ، وأما الفريضة فإن النفقة لها ولو خرجت بغير إذنه خرجت مع محرم أو رفقة مأمونة وتكون لها نفقة حضر لا نفقة سفر، ولها النفقة إذا حبست في دين ؛ لأن المنع ليس من جهتها ، ولا تسقط بحبس زوجها ولو حبسته هي في حقها ، حكاه ابن الجلاب[1] وغيره .

الثاني : قال في «المدونة»[2] : ومن أنفق على صبي صغير لم يرجع عليه بشيء إلا أن يكون للصبي مال حين أنفق .

ابن يونس : يريد والمنفق عالم فيرجع بما أنفق عليه في ماله، فإن تلف ذلك المال أو كبر الصبي فأفاد مالاً لم يرجع عليه بشيء، وزاد غيره ثلاثة شروط : أن يقول المنفق: إنما أنفقت لأرجع ويحلف على ذلك ، وأن يرجع بالمعتاد لا بالسرف، قيل : وما ذكره ها هنا في «المدونة» مناقص لما في كتاب تضمين الصناع فيمن أنفق على صبي فإذا له أب أن يرجع على الأب بما أنفق ، ولا فرق بين أن يكون للصبي مالٌ لم يعلم به المنفق أو أب لم يعلم به المنفق .

فَإِنْ كَانَ مُوسِراً ثُمَّ أَعْسَرَ اسْتَقَرَّ الْمَاضِي فِي ذِمَّتِهِ فَرَضَهُ الْحَاكِمُ أَوْ لَمْ يَفْرِضْهُ .

يعني : أن الإعسار إنما يسقط نفقة زمانه فقط ولا يسقط ما قبل ذلك، وكلامه ظاهر .

وَكَذَلِكَ نَفَقَةُ الْحَامِلِ .

أي : تسقط بالإعسار ولا يسقط الإعسار ما قبله .

وَالْقَادِرُ بِالْكَسْبِ كَالْقَادِرِ بِالْمَالِ إِنْ تَكَسَّبَ ولا يُجْبَرُ عَلَى التَّكَسُّبِ .

---

(١) «التفريع» (٢/ ٨٠) .

(٢) «المدونة» (١١/ ٣٩٧) .

يعني : والقادر بالكسب يجب عليه النفقة كالقادر بالمال بشرط أن يتكسب، ويؤخذ من قوله : **(كَالْقَادِرِ)** أنه لم ينفق في زمن تكسبه أن النفقة تستقر في ذمته ولا يسقط الإعسار

وإذا لم يجبر الغرماء المديان على التكسب فأحرى الزوجة؛ لأن الضرر اللاحق لرب الدين أقوى من ضرر الزوجة فإنها قادرة على رفع ضررها بالطلاق بخلافهم ، ولا يجبر على التكسب لئلا يصير كالعبد، وذهب بعض الشيوخ إلى جبر الصانع على العمل ليوفي الدين لأنه على ذلك عومل ، ولا يبعد مثله في النكاح .

وَيَثْبُتُ لَهَا حَقُّ الْفَسْخِ بِالعَجْزِ عَنِ النَّفَقَةِ الْحَاضِرَةِ لا الْمَاضِيَةِ؛ حُرَّيْنِ أَوْ عَبْدَيْنِ أَوْ مُخْتَلِفَيْنِ...

يعني : أن للمرأة إذا عجز زوجها عن النفقة عليها في الوقت الحاضر أن تفسخ وأن تبقى معه بغير نفقة ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الزوجان حرين أو عبدين أو أحدهما حر والآخر عبد، وكان لها أن تفارق لقوة ضررها ، ولأن النفقة في مقابلة الاستمتاع فأشبهه المعاوضة ، ولا يجبر صاحب السلعة على دفع السلعة بغير ثمنها .

ابن المسيب : في «المدونة»: والتفريق لأجل الإعسار بالنفقة سنة .

وقوله : **(لا الْمَاضِيَةِ)** يعني : فلا يثبت لها حق الفسخ بالنفقة الماضية وهي كسائر الديون .

مَا لَمْ تَكُنْ عَلِمَتْ فَقْرَهُ ورَضِيَتْ بِهِ قَبْلَ الْعَقْدِ ، أَوْ عَلِمَتْ أَنَّهُ مِنَ السُّؤَّالِ .

يعني : إنما يكون لها الفراق إذا لم تكن عرفت حال العقد أنه من الفقراء أو من السؤال، وأما إن علمت ذلك فلا ، وهذا قول مالك في «المبسوط» .

وقال في «الموازية» : تطلق عليه وإن كان حال العقد فقيراً وعلمت بذلك.

واقتصر المصنف على الأول ؛ لأنها بمنزلة من علمت بعيب زوجها ورضيت به.

ونص القابسي على أنه إن كان ممن يطوف للسؤال ثم ترك ذلك أن لها القيام ، ونحوه للخمي قال : وكذلك أيضاً إن كان لا يسأل وكان مقصوداً مشهوراً بالعطاء ثم تعذر ذلك فلها أن تقدم بالطلاق .

ونص ابن مغيث على أنه تقييد ، وهو ظاهر .

فَيَأْمُرُهُ الْحَاكِمُ بِالإِنْفَاقِ أَوِ الطَّلَاقِ ، فَإِنْ أَبَى طَلَّقَ عَلَيْهِ بَعْدَ التَّلَوُّمِ .

إنما يأمره بالإنفـاق إذا لم يثبت عنده فـقره ، وأما إن ثبت فـلا ؛ إذ لا يأمره بما ثبت عنده العجـز عنه ، وإن أبى من الطلاق والإنفاق طلق الحـاكم عليه، واخـتلف هل الحاكم الذي يطلق عليه كما هو ظاهر كلامه ؟

ابن عبد السلام : وهو الصحيح ، أو يبيح للمرأة الإيقاع على قولين .

ولا يمين على الرجل إن صدقته المرأة على عسـره ، إذ لا يحتاج إلى إقامة بينة ، وأما إن لم تصدقـه فلا بد من البينة على الإعسـار واليمين ، ثم يتلوم له القاضي على المـشهور المعمول به، وقيل : تطلق عليه من غير تلـوم ، وعلى المشهور فاختلف في مقدار التلوم ، وإلى ذلك أشار بقوله :

وَرُوِيَ شَهْرٌ ، ورُوِيَ ثلاثة أَيَّامٍ ، والصَّحِيحُ ، يخْتَلِفُ بِالرَّجاءِ .

اختلف في مـقدار التلوم ، فلمالك في «المبـسوط»: أنه اليوم ونحوه مما لا يضـر بها الجـوع، ولمالك في «الواضـحة» الثـلاثة الأيام ونحـوها ، وفي «الموازية» : مـا علمت أنه يضرب له الأجل إلا الأيام ولا أعلم له أجلاً .

وقال مـحمـد : الذي عليه أصحاب مالك في التلوم الشـهر . وقال ابن الماجشون في «الواضحة» : الشهر والشهرين .

وقـال أصـــبغ : إن لم يطمع له بمال فالشـهر إذ لم تجد هي مـا تنفق ، ولا يبلغ بها الشهـرين إلا إذا كان لهـا ما تنفق، وقـيل : إنه لا يتلوم له بشيء إذا لم يكن لها مـا تنفق على نفسها .

وما صححه المصنف صحـحه ابن عبد البر ، وهو مذهب «المدونة»(١) ، قال فيـها : ويختلف التلوم فيمن يرجى له ومن لا يرجى له وتطلق عليه لعدم القدرة على الكسوة .

اللـخـــمي : وكذلك لو عـجز عن الغطاء والوطاء، أشـهب : ويستأنـي في الكسوة الشهرين ونحوهما .

---

(١) «تهذيب المدونة» (١/ ٣٣٢) .

فرع :

إذا مرض وسجن في خلال الأجل فمنعه ذلك عن النظر فيما يأتيها به ، فقال ابن الماجشون في «المبسوط» : يزاد في الأجل بقدر ما يرى ويرتجى شيئاً وإلا طلق عليه، قال : وإن غاب مختاراً طلقت عليه .

فَإِنْ وَجَدَ فِي الْعِدَّةِ يَسَارا يَقُومُ بِوَاجِبِ مِثْلِهَا فَلَهُ الرَّجْعَةُ .

قد تقدم في غير موضع أن كل طلاق يوقعه الحاكم فهو بائن إلا طلاقين : طلاق المؤلي والمعسر بالنفقة ، لكن شرط الرجعة في الإيلاء أن تنحل يمينه كما سبق في محله وفي الإعسار اليسار ، أما لو رضيت الزوجة بالرجعة مع عدم يسره كانت رجعة ، قاله في «الواضحة» وغيرها .

وقال سحنون في «السليمانية»: لا تصح الرجعة، واحتزر بواجب مثلها من أن يجد يساراً يكفي دونها فإن ذلك غير معتبر لعدم حصول مقصدها .

ولم يتعرض المصنف لقدر الزمان الذي إذا أيسر به كانت له الرجعة ، واختلف في ذلك ، فلابن القاسم وابن الماجشون : إن أيسر بنفقة الشهر وإلا فليس له الرجعة .

وفي «كتب ابن مزين»: قوت نصف شهر فأكثر، وعن ابن الماجشون: إذا وجد ما لو قدر عليه أولاً لم تطلق عليه ، وينبغي أن تتأول هذه الأقوال على ما إذا ظن أنه يقدر بعد ذلك على إدامة النفقة .

قال في «البيان»(١) : وإذا قدر أن يجريها مياومة ، فإن كان ممن يجريها قبل الطلاق مياومة فله الرجعة، واختلف إذا كان يجريها مشاهرة ، فقيل : له الرجعة، وقيل : لا، ولأجل أن الطلاق هنا رجعي كان لها النفقة إذا أيسر سواء ارتجع أم لا على مذهب «المدونة» خلاف ما تأوله بعضهم على «الواضحة»، ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أنه لا نفقة على المولى في العدة حتى يرتجع ، ونقله ابن شعبان عن مالك .

تنبيه:

فهم من قوله : أن له الرجعة إن أيسر في العدة ؛ أن هذا خاص بالمدخول بها ، إذ لا عدة على غير المدخول بها وهو المعروف .

---

(١) «البيان والتحصيل» (٥/ ٤٢٧) .

وفي «الكافي»[1] روي عن مالك : إن أيسر في العدة كان له الرجعة في المدخول بها وغيرها . ولا أدري ما هذا؛ لأنه لا رجعة في غير المدخول بها .

خليل : ولعل هذه الرواية محمولة على ما إذا خلا بها وتصادقا على نفي الوطء وإلا فلا يصح قوله في العدة ؛ إذ لا عدة على غير المدخول بها بنص القرآن .

وَيُعْتَبَرُ الْعَجْزُ عَنِ الْقُوتِ وعَمَّا مَا يُوَارِي الْعَوْرَةَ ، قَالَ مَالِكٌ : وَلَوْ مِنَ الْخُبْزِ ، والزَّيْتِ، وغَلِيظِ الْكَتَّانِ ، غَنِيَّةً كَانَتْ أَوْ فَقِيرَةً...

يعني : أن المعتبر في العجز الموجب للفراق هو العجز عن النفقة والكسوة جملة ، أما لو ضاقت حاله بعد التوسعة حتى لم يجد غير القوت لها دون خادمها من قمح أو شعير ، ولو كان مأدوماً بزيت أو لم يجد الإدام ، وإنما وجد الخبز فقط فإنه لا يفرق بينهما ، وكذلك أيضاً لا يفرق بينهما إذا وجد من الكسوة ما يسترها ولو من غليظ الكتان وإن كانت ذات شرف وغنى ، قاله مالك في «الموازية» و«الواضحة» .

وفي «البيان»[2]: عن أشهب : إذا عجز عما يشبهها فرق بينهما، وكذلك اختلف إذا لم يقدر إلا على الشعير وأهل بلده يأكلونه .

فَإِنْ وَجَدَ مَا يُمْسِكُ الْحَيَاةَ أَوِ الصِّحَّةَ خَاصَّةً فَلا عَلَى الْمَشْهُورِ .

يعني : فإن قصر عما ذكرنا من القوت لكن قدر على ما يحفظ حياتها خاصة فالمشهور: لا يلزمها المقام معه ، لأن إلزامها المكث حينئذ ضرر كثير ولا سيما إذا كان لا يرجى تغير حاله إلا بعد طول، وفي «المدونة»[3] عن يحيى بن سعيد : إذا وجد الفقير قواماً من الخبز والزيت وغليظ الثياب لم يفرق بينهما .

ربيعة : أما الشملة والعباءة فلا، والشاذ حكاه اللخمي عن مالك: أنه لا يفرق بينهما حتى لا يجد أقل ما تعيش به، واستشكله؛ لأن في ذلك حرجاً ، إذ تصبح وتمسي جائعة .

وَحُكْمُ الْغَائِبِ ولا مَالَ لَهُ حَاضِرٌ حُكْمُ الْعَاجِزِ .

أي : فتطلق عليه ، وهذا هو المشهور، وقال ابن القابسي : لا يفرق على غائب لأنه

---

(١) «الكافي» (ص/٢٥٦) .
(٢) «البيان والتحصيل» (٥/٤٥٦) .
(٣) «تهذيب المدونة» (١/٣٣٦) .

لم يستوف حجته، وعلى الأول فلا بد من أن تثبت الزوجية وأنه قد دخل بها أو دعي إلى الدخول ، والغيبة بحيث لا يعلم موضعه أو علم ولم يمكن الإعذار إليه فيه ، وأما إن علم وأمكن الإعذار إليه فإنه يعذر إليه ولا بد أن تشهد لها بينة بأنها لا تعلم أن الزوج ترك لها نفقة ولا كسوة ولا شيئاً يعدا فيه بشيء من مؤنتها ، ولا أنه بعث بشيء وصل إليها في علمهم إلى هذا الحين ثم بعد ذلك يضرب لها أجلاً على حسب ما يراه كما تقدم ، ثم يحلفها على ما شهدت لها البينة به ، وحينئذ إن دعت إلى الطلاق طلقها هو أو أباح لها التطليق كما تقدم .

فرع : ولو كانت هذه المرأة أم ولد فغاب عنها سيدها وأثبتت مغيبة فإن الحاكم يتلوم لسيدها الشهر ونحوه ثم ينفذ عتقها على الغائب، هكذا قال ابن عتاب والقرشي والتميمي، وروى ذلك على بن زياد .

وقال ابن الشقاني وابن العطار : لا تعتق وتسعى في معيشتها. وبه قال ابن القطان، قال: وتبقى حتى يصح موت سيدها أو ينقضي تعميـره.

ابن سهل : والأول هو الصواب .

واحتج الأولون بقول أشهب إذا عجز الرجل عن نفقات أمهات أولاده أنهن بمنزلة أزواجه إذا لم يقم بأمرهن ، فيضرب له أجل الشهر ونحوه ، فإن وجد لهن أدنى ما يكفي وإلا أعتقهن .

ابن سهل : قلت لابن عتاب : هل عليها عدة إذا حكم بعتقها ؟ قال : تعتد بحيضة . قلت : فهل عليها يمين أن سيدها لم يخلف عندها شيئاً ولا أرسل إليها شيئاً كما يلزم الزوجة الغائب ؟ قال لي : لا يمين عليها ، وبذلك أفتيت لطول أمد المغيب .

فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ مَوْجُودٌ بِيعَ وَفُرِضَ مِنْهُ بَعْدَ يَمِينِهَا أَنَّهَا تَسْتَحِقُّهَا .

يعني : فإن كان للغائب مال بيع وفرض للزوجة النفقة من ثمنه إن لم يصلح أن يفرض منه كالدار وشبهها بعد يمينها أنها تستحق النفقة .

واستغنى بقوله : **(أَنَّهَا تَسْتَحِقُّهَا)** عما قاله المتيطي وغيره: أنها تحلف ما ترك لها نفقة ولا بعث بها إليها ولا أسقطتها عنه .

قال في «المدونة»[١] : ولا يفرض على الغائب النفقة لزوجته إلا أن يكون له مال يعرى فيه وتباع فيها عروضه ورباعه إن لم يكن له عين ، ولا يؤخذ منها بما تأخذه كفيلاً ، ويقوم الزوج على حجته إذا قدم ، وهكذا يصنع فيه لو أقيم عليه بدين وهو غائب، وإن كان للزوج ودائع وديون فرض للزوجة نفقتها في ذلك ولها أن تقيم البينة على من جحده من غرمائه أن لزوجها عليه ديناً ويقضى عليهم بنفقتها .

وقد علمت أن مذهب «المدونة»: أنه تفرض نفقة الزوجة ويوفى الغريم من ودائعه .

المتيطي : وهو المشهور المعمول به، ونحوه لسحنون في أسئلة ابن حبيب ، وحكى عنه ابن اللباد أنه لا يقضى منها دين ولا غيره .

أبو عمران: وهو القياس؛ إذ لو حضر الغائب وأنكرها لم يكن للغرماء إليها سبيل؛ إذ لا يجبر على قبول الصفة لقضاء دينه؛ ولأنه قد يقول: ليست لي ولا للمقر وهي لغيرنا.

واعلم أن الحاكم لا يبيع الدار حتى يكلف المرأة إثبات ملكية الزوج لها وتشهد البينة بأن الدار لم تخرج عن ملكه في علمهم .

ابن القاسم : ولا يجوز أن يقولوا في شهادتهم لم يبتها ، وعليه العمل وجرى به الحكم، وأجاز ابن الماجشون أن يشهدوا على البت .

واختلف هل لا يبيع الحاكم الدار بعد الشهادة المذكورة إلا بعد أن يوجه شاهدين مع هذه البينة ليشهدوا بالحيازة ، فكان بعض الموثقين لا يشترطون ذلك .

ابن أبي زمنين : واشترطه بعضهم، وهو الذي رأيت وأدركت عليه فقهاءنا ، وصفة ذلك أن يوجه القاضي مع البينة شاهدين فتطوف البينة بالدار داخلاً وخارجاً ، وتقول : إن هذه الدار التي حزناها هي الدار التي شهدنا بملكها للغائب .

ابن العطار : ولا تعمل الحيازة شيئاً حتى يقول الشهود بحضرة الحائزين عليهم : هذا الذي حزناه هو الذي شهدنا به عند فلان قاضي موضع كذا، فإن لم يقولوا ذلك جهلاً منهم أو من الموجهين معهم لم تتم الشهادة والحيازة ، وكذلك لا تتم الحيازة حتى يكون الموجهون ممن يعرف العقار ويحدوه بحدود .

---

(١) «تهذيب المدونة» (١/ ٣٣٥) .

فرع : وإذا أحبت المرأة أن تفرض لها النفقة إذا لم يكن له مال حاضر فقال ابن القاسم: لا يفرض عليه شيء حتى يقدم إذا علم عدمه أو جهل أمره .

وفي «البيان»[١] : عن ابن حبيب : إذا أحبت الصبر عليه أشهد السلطان عليه إن كان فلان زوج فلانة اليوم مليا في غيبته فقد أوجبت عليه فريضة مثلها من مثله ، أما إن علم أنه موسر فإنه يفرض لها نفقة مثلها .

قال في «الموازية» : وتداين عليه ويقضى لها عليه به .

وَلَهَا طَلَبُ غُرَمَائِه وإِقَامَةُ الْبَيِّنَة عَلَيْهِمْ كَمَنْ لَهُ عَلَيْه دَيْنٌ .

قد قدمنا هذا من «المدونة» ، وإن لم يقم للزوج غير شاهد واحد حلفت معه .

وَلَوْ تَنَازَعَا فِي الإِعْسَارِ فِي الْغَيْبَةِ ، فَثَالِثُهَا : قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : إِنْ قَدِمَ مُعْسِراً فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ وإِلا فَقَوْلُهَا...

يعني : إذا قدم الزوج فطالبته بالنفقة في مدة الغيبة فزعم أنه كان معسراً لا تستحق عليه في مدة الغيبة شيئاً وأنكرت ذلك المرأة فثلاثة أقوال : والقول بأن القول قوله لابن كنانة وسحنون ووجهه أن الأصل العدم، والقول بأن القول قولها لابن الماجشون وابن حبيب ، قالا : عليه النفقة إلا أن يقيم البينة على ذلك .

ووجهه: أن الغالب الملك ولأن كل غريم ادعى العدم فعليه البينة على المذهب .

قال في «البيان»[٢]: وتأوله بعض أهل النظر على «المدونة»، واستدل ابن القاسم بحال قدومه على حال غيبته؛ لأن الأصل عدم تغير الحال.

قال في «البيان»: وتأوله بعض أهل النظر على «المدونة» . واستدل ابن القاسم بحال قدومه على حال غيبته ؛ لأن الأصل عدم تغير الحال .

قال في «البيان»: وهو معنى «المدونة» وهذا الخلاف عند صاحب «البيان» وغيره إذا جهل حال الزوج عند خروجه ، وكذلك روى قول ابن القاسم فيه مبيناً ، وأما إن علم حال خروجه من عسر أو يسر فإنه يستصحب ذلك الحال باتفاق، وتأول ابن زرب على ابن كنانة وسحنون أنهما يقولان : إن القول قول الزوج وإن خرج موسراً .

---

(١) «البيان والتحصيل» (٥/٤٤٨) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٥/ ٤٥٠) .

قال في «البيان»[١] : وهو تأويل بعيد، وقال ابن زرقون : ليس هو بشيء، ورأيت لبعض من تكلم على «التهذيب» أنه إن سافر مليا وقدم كذلك فالقول قولها بالاتفاق ، وكذلك القول قوله في عكسه باتفاق، ويختلف فيما إذا سافر مليا وقدم معسراً أو بالعكس.

وَإِنْ تَنَازَعَا فِي إِعْطَائِهَا أَوْ إِرْسَالِهَا فَثَالِثُهَا الْمَشْهُورُ : إِنْ كَانَتْ رَفَعَتْ أَمْرَهَا إِلَى الْحَاكِمِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مِنْ يَوْمِئِذٍ...

يعني : إن قال الغائب: تركت لك نفقة أو أرسلتها، ولم تصدقه في ذلك وطلبت منه نفقتها ، فروي عن مالك: أن القول قوله مع يمينه ولو رفعته إلى الحاكم ، هكذا نقل ابن الجلاب[٢] هذه الرواية .

وروي عن مالك: أن القول قولها مع يمينها ، والمشهور: إن رفعت أمرها إلى الحاكم فالقول قولها من يومئذ ؛ لأن رفعها قرينة تقوي قولها ، وإن لم ترفع فالقول قوله مع يمينه.

مالك في «الموازية» : وليس له أن يحلف أنه بعث بذلك إليها ، إنما يحلف أنها قبضت ذلك ووصل إليها ويبرأ .

وعلل الباجي[٣] المشهور بأنها إذا رفعت أمرها إلى الحاكم ولم تجد له مالاً وأباح لها الإنفاق على نفسها لترجع به صارت اليد لها فيما تنفقه فكان القول قولها بخلاف إذا لم ترفع فإن البيت بيته ، ولهذا اختار في الروايتين اللتين رويتا عن مالك هل يتنزل رفعها إلى العدول وجيرانها منزلة الحاكم أم لا ؟ الرواية بأن ذلك لا يتنزل منزلة الحاكم لأنه لم يتقدم قضاء عليه ولا حكم ، واختار اللخمي أن ذلك كرفعها إلى الحاكم .

بعض الموثقين : والمشهور ما اختاره الباجي وبه الفتوى والعمل، ولابن القاسم في «العتبية»: إذا اختلفا عند قدومه في الإنفاق على أولاده الصغار أنه يفرق في ذلك بين أن ترفع أم لا كما تقدم .

---

(١) «البيان والتحصيل» (٥/ ٤٥٠) .
(٢) «التفريع» (٢/ ٨٠) .
(٣) «المنتقى» (٦/ ٢٣) .

فَأَمَّا الْحَاضِرُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ لِلْعُرْفِ .

حكى في «البيان» الاتفاق على ذلك؛ لأن العرف يشهد بصحة قوله ولا بد من اليمين، صرح بذلك في «الكافي»[1] وفي «الطرر»، وقال ابن رشد : إنما يصدق الرجل أنه دفع النفقة إذا ادعى بعد مضي المدة أنه كان ينفق عليها أو كان يدفع النفقة إليها شيئاً بعد شيء أو جملة واحدة ، وأما لو ادعى أنه دفع إليها مائة دينار عن نفقتها فيما مضى وأنكرت ذلك فلا يصدق إجماعاً ، وحكى ابن زرب خلافه وخطأه .

وَلَهَا طَلَبُهُ عِنْدَ سَفَرِهِ بِنَفَقَةِ الْمُسْتَقْبَلِ فَيَدْفَعُهَا أَوْ يُقِيمُ لَهَا كَفِيلاً يُجْرِيهَا عَلَيْهَا .

هذا مذهب «المدونة» . وقال ابن الماجشون : لا يقيم لها حميلاً وهي في العصمة ، وإذا سافر فمن الشيوخ من حمله على ظاهره وعده خلافاً ومنهم من تأوله على المعدم فلا يكون خلافاً ، فإذا اتهم أنه يقيم أكثر من السفر المعتاد حلف أنه لا يقيم أكثر من ذلك أو يقيم حميلاً .

اللخمي : وأما إذا كانت المرأة مطلقة طلاقاً بائناً وهي حامل كان مطالباً بالأقل من مدة سفره والباقي من أمد الحمل ، وإن كانت غير حامل والطلاق بائن فلا نفقة لها .

واختلف إذا طلبت حميلاً خوف الحمل، فلم ير مالك ذلك لها ، وقال أصبغ في «الموازية» : ذلك لها .

والأول أحسن إذا كان قيامها بعد حيضة؛ لأن الظاهر البراءة ، والثاني إن لم تكن حاضت فيقيم حميلاً بالأقل من مدة السفر أو الحمل على تقدير ظهوره ، وإن كان الطلاق رجعياً كان عليه على قول مالك أن يقيم رزق الأقل من مدة السفر أو انقضاء العدة التي هي ثلاث حيض ، وعلى قول أصبغ: تراعى مدة الحمل كالمطلقة طلاقاً بائنا فيقيم حميلاً بالزائد على مدة الحيض .

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِيمَا فَرَضَهُ الْحَاكِمُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيمَا يُشْبِهُ ، وَإِلا فَقَوْلُهَا فِيمَا يُشْبِهُ ، وَإِلا ابْتَدَأَ الْفَرْضَ...

هكذا في «المدونة» لكنه فرضها فيها إذا مات القاضي أو عزل ، لكن الأظهر أنه لا فرق بينه وبين قاضي وقتهما ، ولعل ذلك هو السبب في إسقاط المؤلف ما ذكره في

---

(١) «الكافي» (ص/ ٥٣٢) .

«المدونة» ، وإنما كان القول قول الزوج لغرمه، قيل : ومذهب ابن القاسم: أنه لا يمين على من أشبه قوله منهما إذ لا يحلف على حكم حاكم مع شاهد، وحمل غيره «المدونة» على أنه يحلف .

عياض : وهو الظاهر، وهو حجة لجواز الحلف مع الشاهد في قضاء القاضي، وقد نبه على ذلك ابن سهل خلاف ما قاله بعض أصحاب سحنون وما لابن القاسم في «العتبية».

عياض : وعندي أن مسألة «الكتاب» خارجة عن هذا الأصل المتنازع فيه ، إذ قضاء القاضي فيها ثابت باجتماعهما عليه ثم وقع الخلاف في مقدار ما فرض فكانت دعوى في مال في ذمة الزوج ، فالقول قول من أشبه منهما مع يمينه وليس على القضاء كما قيل .

وذكر عن سحنون: إنما هي فيما مضى من الفرض ، وأما ما يستقبل إذا تنازعا فيه فالسلطان يستأنف النظر في ذلك، وقد اختار رواية «المدونة» هنا ، والذي في روايتنا: إذا لم يشبه ما قالا أعطيت نفقة مثلها فيما يستقبل يفرض لها القاضي نفقة مثلها وعليه اختصر المختصرون .

وروي في بعض النسخ : (وفيما يستقبل) بزيادة واو وكانت في كتابي فغربت عليها اتباعاً لرواية شيوخي ، وإثباتها أصح معنى ولفظاً ويصحح ما قاله سحنون ، وعلى إسقاطها يأتي الكلام الأخير مكرراً ويشكل ، هل أراد به الماضي أو الآتي؟

وَتَجِبُ عَلَى الأَبِ الْحُرِّ نَفَقَةُ وَلَدِهِ الْمَحْضُونِ الْفَقِيرِ عَلَى قَدْرِ حَالِهِ .

لما ذكر نفقة الزوجة أتبعه بنفقة الأولاد ، واحترز بالحر من أن يكون الأب عبداً أو فيه شائبة من شوائب الحرية فلا نفقة لولده عليه ، وكذلك أيضاً لا نفقة للولد الرقيق على أبيه كما تقدم، ولعل المصنف استغنى بما قدمه وبولده عن ولد ولده أو غيره فلا تجب نفقته ، واعلم أن الاصطلاح إنما يطلق المحضون والمكفول على الولد إذا لم تكن له زوجة بأن يكون الأب ميتاً أو مطلقاً ، وأما إن كان عند أبيه وأمه وهما زوجان فلا يطلق عليه ذلك ، وعلى هذا فتخصيص المحضون ليس بظاهر ؛ لأن من بين أبويه كالمحضون بالاتفاق.

وشرط المصنف في وجوب نفقة الولد: أن يكون فقيراً ، يعني: وأما إن كان له مال

قال في «المدونة»[١] : أو يكون له كسب يستغني به فلا تجب نفقته ، وكذلك أيضاً إذا كان للبنت كسب تستغني به فلا تجب نفقتها ، فإن كانت الصنعة لا تكفي أعطيا تمام الكفاية .

اللخمي : وإذا كسدت الصنعة عادت النفقة على الأب، واشترط هنا الفقر ولم يشترط في الزوجة لأن نفقة الولد مواساة بخلاف نفقة الزوجة فإنها معاوضة .

وقوله : **(عَلَى قَدْرِ حَالِه)** أي: حال الولد لأن المراد سد خلته .

وَحَضَانَةُ الذَّكَرِ حَتَّى يَحْتَلِمَ عَاقِلاً غَيْرَ زَمِنٍ بِمَا يَمْنَعُ التَّكَسُّبَ ، وقِيلَ : حَتَّى يَحْتَلِمَ .

مقتضى كلامه: أن المشهور هو الأول وليس كذلك بل هو الثاني وهو مذهب «المدونة»، والقول الذي صدر به لابن شعبان .

وروى ابن وهب عن مالك : إذا أثغر الغلام خرج عن حضانة الأم، ولمالك في كتب المدنيين : يخير الصبي إذا أثغر بين أن يكون عند أبيه أو أمه، واستحسن ابن العطار وابن رشد وغيرهما من الشيوخ إسهام الأبوين على الذكر إذا أثغر على ما ورد في بعض الأحاديث ، وكان المصنف التبس عليه باب الحضانة بباب النفقة وظن تساويهما ، لأن المشهور أن النفقة لا تنقطع بالبلوغ بل البلوغ بشرط أن يكون عاقلاً غير زمن .

والبِنْتِ حَتَّى يَدْخُلَ بِهَا الزَّوْجُ ، وَلَوْ أَسْلَمَ وَبَقِيَتْ كَافِرَةً .

أي : وحضانة الأنثى حتى يدخل بها زوجها ولا تنقطع حضانتها بالبلوغ كالذكر ، ولم أر في ذلك خلافاً ، ولو أسلم الأب بعد بلوغ ابنته البكر ، وأدخل هذه الصورة في حكم ما قبلها لأنه قد يتوهم خروجها لاختلاف الدينين .

وكذلك نص اللخمي على الوجوب في عكس هذه الصورة ، أعني: إذا أسلمت بعد بلوغها وبقي هو كافر لم تسقط نفقتها عنه؛ لأنه حكم بين مسلم وكافر .

وَلَوْ عَادَتْ بَالِغَةً أَوْ عَادَتِ الزَّمَانَةُ لِلذَّكَرِ لَمْ تَعُدْ .

يعني : فلو زوج الأب ابنته الصغيرة ثم طلقها زوجها أو مات عنها وعادت إلى أبيها بعد البناء بالغة لم تعد نفقتها على الأب .

مالك : فإن طلقت قبل البناء فهي على نفقتها، ومفهوم كلام المصنف: أنها لو عادت

(١) «تهذيب المدونة» (١/ ٤٢٠) .

غير بالغة لوجب على الأب الإنفاق ، وهو قول سحنون ، قال : تعود نفقتها ولا يسقطها بلوغها حتى تتزوج زوجاً آخر، وقال غيره : لا تعود أصلاً ، وقيل : تعود إلى أن تبلغ فتسقط، وهو الذي قدمه المتيطي ، قال : ولا تسقط النفقة لترشيده لابنته .

قوله : (**أَوْ عَادَتِ الزَّمَانَةُ**) يعني: إن بلغ الابن زمناً وقلنا باستمرار نفقته على المشهور ثم صح وحكمنا بسقوط نفقته ثم زمن فإن النفقة لا تعود إلى الأب .

واعلم أن الخلاف في هذا الفرع موجود سواء بلغ زمناً أو صحيحاً ، وفيه ثلاثة أقوال: قال ابن القاسم : إن بلغ زمناً أو أعمى لم تسقط وإن طرأ ذلك عليه بعد البلوغ لم تعد، وقال ابن وهب في «الموازية» : لا نفقة له بلغ على ذلك أو طرأ عليه .

وذكر ابن الجلاب[1] عن ابن الماجشون: أن نفقته لازمة لأبيه بلغ على ذلك أو أحدث به.

اللخمي: وهو أحسن .

ولما لم يذكر المصنف في هذه المسألة خلافاً كان انتصاره في فرض المسألة على ما إذا عادت الزمانة حسناً ؛ لأنه تنبيه منه بالأخف عن الأشد ؛ لأن النفقة إذا لم تعد لأجل الصحة الواقعة بين الزمانتين فلأن لا تعود إذا بلغ صحيحاً ثم زمن أولى ، إذ لقائل أن يقول : لا عبرة بالصحة الواقعة بين الزمانتين .

فرع :

نص محمد على ما إذا دخل بها وهي زمنة ثم طلقت أنه تعود نفقتها ، وكذلك قال الباجي[2]: إن كان للولد الزمن مال ثم ذهب أنه تعود نفقته .

ثُمَّ لَهُمَا أن يَذْهَبَا حَيْثُ شاءَا ، إلا أَنْ يُخَافَ سَفَهٌ فَيَمْنَعَهُمَا الأَبُ أَوِ الْوَلِيُّ .

يعني : ثم للابن والبنت أن يذهبا بعد بلوغهما حيث شاءا ، وهكذا قال مالك في «المدونة» ، وحمله ابن رشد على ظاهره من ذهابهما بأنفسهما ومالهما ، واحتج لذلك بأنه وقع لمالك هكذا في رواية زياد ، وتأوله الشيخ أبو محمد وأكثرهم على أنه يريد بأنفسهما لا بمالهما ، قالوا : لأن المعروف لمالك في غير موضع أنه لا يحكم للولد بالرشد بنفس

(١) «التفريع» (٢/ ٨٠) .
(٢) «المنتقى» (٦/ ٢٣) .

البلوغ لا سيما الأنثى ولو كانت مدخولاً بها حتى يعرف من حالهما ما يستوجبان به الرشد، فحمل «المدونة» على ما يعرف لمالك في «المدونة» وغيرها أولى من حمله على رواية شاذة لا يعرفها كل الناس، ثم إن خيف عليهما السفه في المال فلا شك أن للأب والولي منعهما ، وإن كان في الدين فلهما منعهما وللأم ولسائر المسلمين إلا أن الأب والولي أخص بالمنع من غيرهما .

وَنَفَقَةُ ولَدِ الْمُكَاتَبَةِ عَلَيْهَا إِنْ كَانُوا فِي كِتَابَتِهَا إِلا أَنْ يَكُونَ الأَبُ فِي كِتَابَتِهِمْ فَنَفَقَتُهُمْ عَلَيْهِ...

يعني : أن من كاتب أمة فحدث لها أولاد بعد كتابتها أو كان لها أولاد موجودون وكاتبت على نفسها وعليهم كتابة واحدة فإن نفقة الولد على الأم لأنها أحرزت نفسها ومالها وولدها ومالها من سيدها ، وليس عندنا أنثى تجب عليها النفقة إلا هذه ، وفي التحقيق أن النفقة من السيد ؛ لأنه اشترط ذلك عليها أو كأنها من جملة الكتابة .

وقوله : (**إِلا أَنْ يَكُونَ الأَبُ فِي كِتَابَتِهِمْ فَنَفَقَتُهُم**) أي: الأولاد والأم (**عَلَيْهِ**) .

وَلَيْسَ عَجْزُهُ عَنْهَا كَعَجْزِهِ عَنِ الْكِتَابَةِ وَالْجِنَايَةِ .

يعني : ليس عجز المكاتب عن نفقة ولده كعجزه عن الجناية والكتابة ؛ لأن الجناية والكتابة متعلقان برقبته بخلاف النفقة فإنها مواساة بشرط اليسار .

وَيَجِبُ عَلَى الأُمِّ الإِرْضَاعُ إِنْ كَانَتْ تَحْتَ أَبِيهِ أَوْ رَجْعِيَّةً ولا مَانِعَ مِنْ عُلُوِّ قَدْرٍ بِغَيْرِ أَجْرٍ...

إنما وجب على الأم الرضاع إذا كانت في العصمة أو رجعية بغير أجر ؛ لأن عرف المسلمين على توالي الأعصار في جميع الأمصار على أن الأم ترضع الولد، وألحقت الرجعية بمن في العصمة ؛ لأن أحكام الزوجية منسحبة .

وقوله : (**ولا مَانِعَ**) يعني : وأما إن كانت ممن لا ترضع لشرفها فلا رضاع عليها ؛ لأن العرف ألا تكلف هذه الشريفة الإرضاع ، والعرف كالشرط .

قال في «الجواهر»[1] : ويجب على الأم أن ترضع ولدها إذا كانت تحت أبيه إلا أن

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٣١٩) .

يكون مثلها لا يُرضع لسقم أو قلة لبن أو لشـرف وعلو قدر ولذات الشرف أن تأخذ الأجرة من الأب إذا رضيت أن ترضعه، نص على ذلك اللخمي وابن بشير وابن عبد السلام .

خـليـل : وأفتى بعض مشايخ شيخي: بأن الشـريفة إذا تواضعت للإرضاع لا أجر لها لإسقاطها حقها ، ولا كبير مؤنة عليها في لبنها .

وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الأَبُ عَدِيمًا وَلَمْ يَقْبَلْ غَيْرَهَا .

إنما يظهـر هذا في الشريفـة وفي مـعناها المطلقة طـلاقاً بائناً ، وأمـا في حق من في العصمة والرجعية فلا ؛ لأنه إذا كـان الإرضاع عليهما وإن كان الأب ذا مال فكيف إذا كان عديماً؟ ولو قال المصنف: إلا أن يكون الأب عديماً، كما قال في «الجواهر» لكان أبين.

وهكذا قال اللخمي وغيره: أن الأب إذا كان عديماً كان على الشريفة الإرضاع ، وهو مقـيد بما إذا لم يكن للولد أيضـاً مال ، وأمـا إن كان له مال فلهـا الأجرة في مـاله، قاله صاحب «البيان»[1] وغيره .

وقوله : (**وَلَمْ يَقْبَلْ غَيْرَهَا**) والأحسن أن يقول: أو لم يقبل ؛ لأنه إذا لم يقبل غيرها يجب عليها الإرضاع كـان الأب عديماً أم لا ، والواقع فيما رأيته في نسخ كـثيرة ولم يقبل بالواو ، ولعل ذلك ليكون مقابلاً لقوله :

فَإِنْ قَبِلَ فَالْمَشْهُورُ وَجُوبُهُ بِخِلاَفِ النَّفَقَةِ ، وَفِي «الْجَلاب»[2] : لا يَجِبُ .

ظاهر كلامه: أن هذا من تمام ما قبله ، وإنما ذكره في «المدونة» و«الجلاب» في الموت، ونص «المـدونة»[3] : وإن مات الأب وللصبي مال فلها ألا ترضعه وتستأجر له من يرضعه من ماله إلا ألا يقبل غيـرها فتجبر على أن ترضعه بأجـرها من ماله ، فإن لم يكن للصبي مال لزمهـا إرضاعه بخلاف النفقة الـتي لا يقضى بها عليها ، ولكن يسـتحب لها أن تنفق عليه إن لم يكن له مال .

وعلى هذا ففي كلام المصنف نظر ؛ لأنـه لا يؤخذ منه حكم الموت أصلاً ، اللهم إلا أن يقال: إن المصنف لم يتكلم على مسألة الموت، وإنما كلامـه مفرع على ما قبله، ومعناه: أن المرأة إذا كانت شـريفة أو بائناً وكـان الأب عديماً وقـبل الابن غيرها فـالمشهـور وجوب

---

(١) «البيان والتحصيل» (٤/ ٣٦٩) .

(٢) «التفريع» (٢ / ٧٨).

(٣) «المدونة» (٥/ ٤١٨) .

الإرضاع عليها .

فإن قيل: هو لم ينص في «المدونة» على هذه الصورة.

قيل: لا فرق بين أن يموت الأب ولا مال للصغير وبين أن يكون الأب عديماً في المعنى. ولهذا حكى ابن بشير المشهور وقول ابن الجلاب في الأب العديم ، وعلى كل تقدير فكلامه ليس بظاهر ؛ لأنه إن أراد مسألة الموت وهي التي في «المدونة» و«الجلاب» فكلامه لا ينبئ عن ذلك ، وإن أراد التفريع على مسألة الشريفة والبائن فليس بظاهر لأن التخريج وإن كان صحيحاً فكلامه لا ينبئ عن التخريج ، والظاهر أنه أراد هذا الثاني ؛ لأن كلامه لا ينبئ على الموت ولا سيما على ما وقع في بعض النسخ : (فإن قبل غيرهما) بضمير التثنية فيتعين الثاني ؛ لأن الضمير ليس له شيء يعود إليه إلا الشريفة والبائن. وفي بعضها: (غيرها) فيعود على الأم، وبما في «الجلاب» قال عبد الوهاب .

ابن الجلاب[1] : ويكون إرضاعه في بيت مال المسلمين .

وقوله : (**بِخِلَافِ النَّفَقَةِ**) أي: فلا تجب على الأم بالاتفاق، وحمل بعضهم ما في «المدونة» وهو المشهور والذي حكاه المصنف على أن ذلك إذا تعذر الاستئجار من بيت المال، والفرق للمشهور بين النفقة والإرضاع: أن اللبن مستخف .

ابن عبد السلام : ورأيت في بعض كلام ابن العربي: عن ابن المواز أنه يقول : نفقة الولد على الأبوين على قدر الميراث ، فقال هو : لعله أراد أنها على الأم عند عدم الأب .

ابن عبد السلام : فإن صح نسبة هذا القول لابن المواز فتأويل ابن العربي بعيد ؛ لأنه إذا كان الأب عديماً أو معدوماً فكيف يمكن أن يؤدي من النفقة شيئاً فضلاً عن الثلثين اللذين هما نصيبه من الميراث .

تنبيه :

قد تبين لك من كلامه في «المدونة» أن للأم إذا لم يقبل الولد غيرها أن تأخذ على ذلك الأجرة ، وإن كان للأم ذلك فالأجنبية أولى .

قال شيخنا ـ رحمه الله ـ وأبو الحسن : ويجري فيهما قول آخر أنهما لا يكون لهما شيء قياساً على أحد القولين في المواساة الواجبة بفضل طعام أو شراب ، وذلك بأنه إذا لم

(١) «التفريع» (٢/ ٨٠) .

يقبل الولد غيرهما تعين عليهما الإرضاع ، والله أعلم.

وَعَلَى وُجُوبِهِ فِي إِيجَابِ الاسْتِئْجَارِ عَلَيْهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا لَبَنٌ قَوْلانِ .

يعني : وإذا فرعنا على المشهور من وجوب الإرضاع عليها فلو لم يكن لها لبن فهل يجب عليها أن تستأجر من يرضعه ؛ لأنها لما كان عليها الإرضاع فعليها خلفه أو لا لأن هذا من النفقة ولا تجب عليها ؟ قولان ؛ والقول بالوجوب لمالك في «الموازية» وهو قول القاضي إسماعيل أبو عمران وهو قولهم كلهم ، والقول بعدم الوجوب لعبد الوهاب وهو اختيار التونسي واللخمي .

وَمَا عدَا ذَلِكَ فَعَلَى الأَبِ .

الإشارة بذلك عائدة على وجوب الإرضاع حيث قلنا: أنه على الأم فعلى الأب ، أي إذا طلقت طلاقاً بائناً أو كانت شريفة وقبل الولد غير الأم وكان الأب مليا .

فَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ غَيْرَهَا تَعَيَّنَتْ بِأُجْرَةِ الْمِثْلِ .

أي : فإن لم يقبل الطفل غير أمه تعينت بأجرة المثل ، وظاهر كلامه سواء كانت بائناً أو شريفة ولا إشكال في ذلك في حق البائن .

ابن عبد السلام : لقوله تعالى : ﴿ **فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ** ﴾ [الطلاق: ٦] .

وأما الشريفة فكلام المصنف موافق لما تقدم، وقد تقدم عن بعضهم أنه خالف في ذلك على أن الظاهر أنه لم يتعرض المصنف هنا للشريفة ؛ لأن الفروع التي ذكرها بعد هذا إنما ذكروها في البائن .

فَإِنْ قَبِلَ غَيْرَهَا خُيِّرَتْ فِيهِ بِأُجْرَةِ الْمِثْلِ .

يعني : فإن قبل الولد غير أمه المطلقة خيرت هي في أن ترضعه بأجره المثل أو تتركه لمن يرضعه بذلك .

إِلا أَنْ يَجِدَ الأَبُ مَنْ يُرْضِعُهُ عِنْدَهُ بِدُونِهَا فَتُخَيَّرُ بِذَلِكَ اتِّفَاقًا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهَا فَقَوْلانِ...

يعني : فإن وجد الأب من يرضعه بأقل من أجرة المثل فإن كانت الظئر ترضعه عند أمه فاتفق على أنه لا مقال لها في طلب أجرة المثل ، بل إما أن ترضعه بالقدر الذي وجده

الأب أو تسلمه للظئر ، وإن كانت الظئر لا ترضعه عند أمه فهل يكون كما لو كانت ترضعه عندها أو لا ، ويكون القول قولها في طلب أجرة المثل ؟ قولان .

واعلم أن هذين القولين وقعا لمالك في «الموازية» مطلقين ، ثم اختلف الشيوخ فحكى ابن بشير عن بعضهم: أنه فهم أن محلهما إذا كانت الظئر لا ترضعه عند الأم، كما قال المصنف ، ومنهم من جمع بين القولين فحمل الرواية بخيار الأب على ما إذا كانت الظئر ترضعه عند الأم ، والرواية الأخرى على ما إذا أبت الظئر أن ترضعه عند الأم، ومنهم من جعل القولين مطلقين سواء كانت ترضعه عند الأم أم لا .

وحمل ابن يونس(١) وغيره «المدونة» على أن القول قول الأم في أجرة المثل وإن وجد الأب من يرضعه عندها بأقل من ذلك ، ونصها على نقل ابن يونس : قلت : فإن قالت بعدما طلقها ألبتة لا أرضعه إلا بمائة درهم كل شهر، وأصاب الزوج من يرضعه بخمسين ، قال: قال مالك : هي أحق به بما ترضعه به غيرها وليس للأب أن يفرق بينها وبينه ، فإن أبت أن ترضعه بذلك فلا حق إلا أن يكون الولد لا يقبل غيرها وخيف عليه الموت فإنها تجبر على رضاعه بأجرة مثلها .

ابن يونس(٢): قوله: إذا وجد الأب من يرضعه بخمسين وقالت الأم: لا أرضعه إلا بمائة فقال مالك : الأم أحق به بما يرضعه به غيرها، يريد بأجرة مثلها لا بخمسين . وقاله بعض القرويين ، وإليه رجع ابن الكاتب وهو الصواب .

وسواء وجد من يرضعه عند الأم أم لا ، وإن كان عند الأم فهي لا تباشره بالرضاع والمبيت ، وذلك تفرقة بين الأم وولدها ؛ فلذلك كانت الأم أحق به بأجرة مثلها وهو أبين.

عياض : ويشهد لهذا قوله بعد : (وليس للأب أن يفرق بينه وبينها إذا أرادت أن ترضعه بما ترضعه به الأجنبية. . إلى قوله في آخر المسألة : فإنها أحق بأجرة رضاع مثلها.

وقوله أيضاً آخر «الكتاب»: إذا وجد من يرضعه باطلاً وهو موسر لم يكن له أخذه ، وعليها رضاعه بما يرضعه به غيرها ويجبر الأب على ذلك .

وحمل بعضهم «المدونة» على أنها إنما تكون أحق بأجرة المثل إذا لم يقبل غيرها أو لم يوجد من يرضعه عندها ، وأما إن وجد من يرضعه عندها باطلاً أو بدون أجرة المثل فلا

---

(١) «الجامع» (٤ / ٣٩٨).

(٢) «الجامع» (٤ / ٣٩٩).

حجة لها ، ونحوه في كتاب ابن سحنون لأبيه ، وقد يشهد أيضاً لهذا من الكتاب قوله إذا علق بالأم لا صبر له عليها وكان لا يقبل غيرها أو خيف عليه فأمه أحق به بأجرة مثلها.

واختار اللخمي التفصيل ؛ فإن كان الزائد الذي تبتغيه الأم يسيراً فالقول قولها ، وإن تباين ما بين الأجرتين أو وجد من يرضع ولده فالقول قول الأب إذا كانت الظئر ترضعه عند الأم، وإن قالت: أنا أرضعه عندي لم يكن ذلك للأب لأن للأم حقاً في الحضانة وليس للأب أن يحول بينه وبينها .

وَإِنْ وَجَدَهُ مَجَّانًا وهُوَ مُوسِرٌ فَقَوْلانِ .

يعني : فإن وجد الأب من يرضعه مجاناً فإن كان معسراً فله ذلك إلا أن ترضى هي أن ترضعه بلا شيء ، فإن لم يكن معسراً فهل له ذلك؛ لأنه حق له أو لا؟ نظراً لحق الأم في الحضانة ؟ قولان : مذهب «المدونة» ليس له ذلك .

واقتصر في «الجواهر»[1] عليه ، والقول الآخر لمالك من رواية ابن وهب .

قال في «البيان»[2] : ومعناه عندي إذا كان الذي وجده الأب يرضعه عند أمه ولا يخرجه عن حضانتها .

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٣١٩) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٤/ ٣٧١) .

كتاب الحضانة

والْحَضَانَةُ فِي النِّسَاء : للأُمِّ ، ثُمَّ أُمِّهَا ، ثُمَّ جَدَّةِ الأُمِّ لأُمِّهَا ، ثُمَّ الْخَالَةِ ، ثُمَّ الْجَدَّةِ للأَبِ، ثُمَّ جَدَّةِ الأَبِ لأَبِيهِ ، ثُمَّ الأُخْتِ ، ثُمَّ الْعَمَّةِ ، ثُمَّ بِنْتِ الأُخْتِ...

تصوره ظاهر ، وقدم بعضهم على بعض على نحو ما ذكره المصنف ؛ لقوة الشفقة في المقدم ، ولهذا قال اللخمي : لو عُلِمَ مِمَّنْ قدمناه قلة الحنان ، والعطف لخلق بجفاء أو قسوة أو لأمر بينها وبين أم الولد وأبيه ، وعُلِمَ من أحدٍ مِمَّنْ أخرناه الحنان والعطف ، لقدم على من علم منه القسوة أو غير ذلك .

وذكر المصنف بنت الأخت ، وأسقط بنت الأخ ، وهي التي في «التهذيب»، وفي «اختصار ابن يونس» بعد الأخت ، ثم بنت الأخت ثم العمة ثم بنات الأخ ، ولم يجعل لبنت الأخت ولا لبنت الخال ، ولا لبنت العمة ملك في «الواضحة» حقاً في الحضانة .

اللخمي : ومعناه مع العصبة وإلا فهم أحق من الأجنبيين ، واستبعد ابن محرز وابن رشد وغيرهما ما في «الواضحة»؛ لأن بنت الأخت رحم محرم ، ولهذا قيل : بل تقدم بنت الأخ عليها للاتفاق عليها، وقيل: هما سواء ينظر الإمام في أحرزهن وأَكْفَئِهِنَّ، ونص عبد الوهاب واللخمي وصاحب «المقدمات»[1] وغيرهم أن الأخت الشقيقة مقدمة على التي للأب ، وكذلك الخالة والعمة، وكذلك يقدم الأخ للأم على الذي للأب ، بل قيل بإسقاط الأخ للأب، وروي عن مالك وابن القاسم في كتب المدنيين أنه لا حق للأخت للأب، لأن التعاطف بين الأختين للأم ، والشنآن بينهما إذا كانتا للأب لاختلاف ما بين أمهاتهم .

قال في «المقدمات»[2] : وإنما تستوجب الحضانة بوصفين :

الأول : أن تكون ذات رحم .

والثاني : أن تكون محرمة عليه، فإن كانت ذات رحم منه ولم تكن محرمة عليه كبنت الخالة ، وبنت العمة وما أشبههما لم يكن لها حق في الحضانة ، وكذلك إن كانت محرمة عليه ، ولم تكن ذات رحم منه كالمحرمة عليه والمصاهرة والرضاع .

---

(١) «المقدمات» (١/ ٢٩٩) .

(٢) «المقدمات» (١/ ٢٩٩) .

وَفِي إِلْحَاقِ خَالَةِ الْخَالَةِ بِالْخَالَةِ قَوْلانِ .

يـعنـي : اختلف على قـولين : هل لخالة الخالة حق في الحـضانة أو لا ؟ وهي أخت الجدة للأم ، قيل : وكـذلك عمة العمة ، وهي أخت الجـدة للأب، ومذهب ابن القاسم: إلحاق خالة الخالة بالخالة ، وقدمها على الجدة للأب ، واستشكله اللخمي .

ابن عبـد السلام : وفي عبارة المؤلف قلق ؛ لأن القول بعدم إلحاق خالة الخالة لا يلزم منه سقوط حقها مطلقاً ، لما علمت أن عدم إلحاقها بالخالة أعم من سقوطها بالكلية .

وَفِي الذُّكُـورِ : لِلأَبِ ثُمَّ الأَخِ ثُمَّ الْجَـدِّ ثُمَّ ابْـنِ الأَخِ ثُمَّ ابْنِ الْعَمِّ ثُمَّ الْمَـوْلَى الأَعْلَى وَالأَسْفَلِ عَلَى الْمَشْهُورِ فِيهِمَا...

التـرتيب بين الحـاضـنين على ثلاثة أوجـه: بين النسـاء بـانفـرادهن ، وبين الرجـال بانفرادهم، وبينهما، ولما تكلم على الأول أتبعه بآخرين .

والترتيب الذي ذكره المصنف ذكره ابن المواز أن أحق العصبة الأخ بعد الأب ، ثم الجد ثم ابن الأخ ثم العم .

قال في «المقـدمات»[1]: فيحتمل أن يريد أن الجد وإن علا أحق من ابن الأخ والعم، ويحتمل أن يريد أن أحق الناس بالحضانة من العصبة الأخ، ثم الجد الأدنى ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابن العم وإن سفل الأقرب فالأقرب ثم أبو الجد ثم عم العم ثم ابن عم العم، وإن سـفل الأقـرب فـالأقـرب ثم جد الجـد، ثم ولـده ثم ولد جـد الأب، ثم ولده على هذا الترتيب.

قال : فترتيب الحضانة يسن لحي عـلى ميراث المال ولا على ميراث الولاء ، والصلاة على الجنائز لأن الجد وإن علا أرفع مرتبة في الميراث من الأخ ، ولأن بني الإخوة يسن لهم حق مع الجد وإن علا ، وابن الأخ في باب الولاء أحق من الجد .

اللخـمي : ولم أر للجد للأم في الحضانـة نصا، وأرى أن له في ذلك حقا؛ لأن له حنانا، ولهذا غلظت الدية فيه ، وأسقط عنه القـود ، وفي «الوثائق المجموعة»: إن اجتمع الجدان فالجد للأب أولى من الجـد للأم، وهو قول ابن العطار، ونص في «المقدمات» على

---

(١) «المقدمات» (١/ ٣٠٠) .

أنه لا حق له، ثم المولى الأعلى ـ أي بعد العصبة ـ وهو المعتق والأسفل يريد بعد الأعلى نص على ذلك اللخمي : على المشهور فيهما ، أي في الأعلى والأسفل .

والمشهور مذهب «المدونة» إثبات الحضانة لهما، وقال ابن محرز : لا حق في الحضانة للمولى الأعلى إذ لا رحم له، وعلى قوله حق للأسفل من باب الأولى .

اللخمي : ومن شَرْطَ مَنْ له الحضانة من الرجال: وجود الأهل من زوجة أو سرية ، قال : وهذا في الذكر ، وأما الأنثى فحق الأولياء في حضانتها على ثلاثة أقسام : ثابت ، وساقط ومختلف فيه، فيثبت فيمن بينهن وبينه محرم كالأخ وابنه والجد ، ويسقط في كل من ليس بمحرم إذا كان غير مأمون أو مأموناً ، ولا أهل له ، لقوله عليه الصلاة والسلام : **«لا يخلُ رجل بامرأة ليس بينه وبينها محرم»** .

واختلف إذا كان مأموناً وله أهل ، فقال في «الموازية» في الصبية تتزوجُ أمُّهَا ولها جد وعم: لهما أن يأخذاها ، وأما الوصي فليس بينه وبينها محرم ، وتكون مع زوج أمها لأنه صار كالمحرم منها إلا أن يخاف عليها عنده ، فيكون الوصي أولى بها .

وقال أصبغ : الوصي أولى بها من الأم إذا تزوجت ، ومن العم فالإناث وإن كن قد بلغن أبكاراً، والأولياء إذا لم يكن بينهم وبينها محرم كالأوصياء، وقول مالك أصوب؛ لأنه لا ينفك مَنْ تكون في ولايته أن يطلع منها على ما لا يحل؛ لأن طول الصحبة والتربية يسقط التحفظ، وهذا فيمن بلغ منهن حد الوطء ، وأما فيمن كان صغيراً فيصح أن يقال: يكفلها الوصي إلى أن تبلغ حد الوطء فتزوج ، ويصح أن يقال بمنع ذلك لما عليها من الضرر في التنقل من قوم إلى قوم لأنها يشق عليها نقلها عمن ألفته ، وما ذكره من أول الفصل أن شرط الرجل في الحضانة أن يكون له أهل هو قول مالك في «مختصر ابن عبد الحكم» إذا تنازع الأب والخالة في الحضانة ؛ الأب أولى إذا كان عنده من يحضنه فراعى أهله لأنهن العمدة في القيام بالأطفال ، والغالب من الرجال التصرف ، فإذا لم يكن لهم من يكفلهم ضاعوا ، انتهى .

وقول مالك : (إذا كان عنده من يحضنه) أحسن من قول اللخمي : (إذا كان عنده زوجة أو سرية) ؛ لصدق كلام مالك على ما إذا كانت أمة للخدمة أو قرابة؛ لأن الغرض من يقوم بمصالح الصبي .

المتيطي : ولمالك في «المدونة»(١) : الوصي أحق بالولد إذا نكحت الأم وليس له جدة ولا خالة .

بعض القـرويين : أراه يريد الولد الذكر، قال في «الموازية» : ولا يأخذ الأنثى إذ ليس بينه وبينها محرم؛ فجعل بعض شيوخنا ما في «الموازية» تفسيراً لظاهر «المدونة»(٢) ، وظاهر المدونة محتمل؛ لأن لفظ الولد والصبيان يقع على الذكور والإناث .

وَالأُمُّ ثُمَّ أُمُّهَا أَوْلَى مِنَ الْجَمِيعِ .

هذا هو الوجه الثالث ـ أعني: إذا اجتمع الرجال والنساء ـ وقوله: (من الجميع)، أي: جميع الرجال والنساء ، وحكى اللخمي والمتيطي وابن رشد وغيرهم الاتفاق على ذلك .

وَفِي الأَبِ مَعَ بَقِيَّتِهِنَّ ثَالِثُهَا الْمَشْهُورُ : يُقَدَّمُ عَلَى مَنْ بَعْدَ الْجَدَّةِ لِلأَبِ .

القول بتـقدمـة الأب على من عدا الأم وأمـها لمالك في «الموازية» ، والقـول بتقـدمة الجميع عليـه لمالك في «الواضحة»، والمشهور مذهب «المدونة» : يقـدم على من بعد الجدة للأب ، فيقدم على الأخت وما بعدها ، وتقدم الجدة عليه ، ولو كانت نصرانية .

وزا اللخمي رابعـاً لابن القاسم في كتب المدنيين: أن الخالة تبـدا على الأب ويبدأ هو على أمـه زاد وزاد غيـره خـامسـاً أن الأب يقدم علـى من عدا الأم ، والجـدة إن لم يكن مسلمات ، وإن كن قدمن عليه ، ونـقل عن أشهب، وذكر في «المقدمات»(٣) في تقـديم الأب على جميع قرابته أو تقديمهن عليه أو تقديمه على من عدا الجدة من قبله ثلاثة أقوال.

وَقِيلَ : الأَبُ أَوْلَى مِنَ الأُمِّ عِنْدَ إِثْغَارِ الذُّكُورِ .

يعـني : فأحرى أن يكون مقدماً على غيرها ، وهذا القول رواه ابن وهب عن مالك، ووجهه أن احتياج الولد إلى أبيه بعد الإثغار أكـثر؛ لأنه يحتاج حينئذ إلى التربية والتعليم، واستحسن ابن القصـار وابن رشد وغيرهما من الشيوخ استـهام الأبوين على الذكر إذا أثغر على ما وقع في بعض الآثار ، وذهب إلى بعض العلماء خـارج المذهب ، وذهب الشافعي إلى أن الولد الذكر يخير بين أبويه ، واختـاره بعض الشيوخ ، وترجح في الأنثى إذا كانت عند غير الأم .

---

(١) «المدونة» (٥/ ٣٥٩) . (٢) «المدونة» (٥/ ٣٥٩) .

(٣) «المقدمات» (١/ ٣٠١) .

وَبَقِيَّةُ النِّسَاءِ أَوْلَى مِنْ بَقِيَّةِ الذُّكُورِ .

ابن عبد السلام : لا خلاف في هذا في المذهب .

اللخمي : وكل من ذكر أن له حظا في الحضانة فليس ذلك بواجب عليه ، وهو في ذلك بالخيار من أب أو غيره ، لأن لكلٍّ حناناً وعطفاً ، ما خلا الأم، واختلف هل تخير أم لا ؟ أي بناء على أنه حق لها ، أوله ابن محرز ، والصواب عندي: أنه حق مشترك بين الحاضن والمحضون .

وَأُمُّ الْوَلَدِ تُعْتَقُ كَالْحُرَّةِ الأَصْلِيَّةِ عَلَى الأَصَحِّ .

يعني : إذا عتق أم ولده ـ وله منها ولد ـ فإنها أحق بحضانة ولدها على الأصح . والأصح هو مذهب «المدونة» ، ووجهه أن الفرقة حصلت بين الأبوين بالعتق هنا ، كما حصلت بالطلاق .

وقال ابن وهب : لا حضانة لها ، قال : وإنما ذلك للحرة يطلقها زوجها .

كَالأَمَةِ الْمُتَزَوِّجَةِ فِي وَلَدِهَا الْحُرِّ يعْتَقُ .

قوله : (يعْتَقُ) ـ بالياء المثناة من تحت ـ عائد على الولد ، قال في «المدونة»[١] : وإذا أُعتق ولد الأمة وزوجها حر فطلقها فهي أحق بحضانة ولدها ، إلا أن تباع إلى بلد غير بلد الأب ، فالأب أحق به ، أو يريد الأب انتقالاً إلى غير بلده فله أخذه .

محمد : وكذلك أيضاً إذا تزوجت الأم فالأب أحق به، قيل : وظاهر «المدونة» خلافه، وفيه نظر ، وليس في «المدونة» ما يؤخذ منه أنها إذا تزوجت لا تسقط حضانتها ، وإذا سقطت حضانة الحرة بالتزويج فالأمة أولى ، وأسقط المصنف حرف العطف من قوله : **(كَالأَمَةِ)** لأنه قصد بذلك الاستدلال على مسألة أم الولد ، وذلك لأن الأمة المطلقة إذا لم يسقط حقها في الحضانة فالحرة التي كانت أم ولد وعتقها سيدها أولى لأن الحرة أقوى على صيانة ولدها من الأمة .

واستشكل اللخمي وجوب الحضانة للأمة؛ لأنها مقهورة مشغولة بحق ساداتها ، وإذا سقطت حضانة الحرة بالتزويج لما يتعلق بها من حقوق الزوجية ، فالأمة أولى؛ لأن سلطنة

---

(١) «المدونة» (٥/٣٥٩) .

الرق أقوى من سلطنة الزوجية .

وقد جنح مالك إلى هذا المعنى في «مختصر مـا ليس في المختصر» ، فقال : إذا أُعتق الصغير وأمه مملوكة وأمها حـرة فتنازعاه ، فأمه أحق به ـ دنيا ـ ، إلا أن يكون ذلك مضرا به . فقوله : (مضراً به) جنوح منه إلى النظر فيمن كان في الرق .

وإلى هذا الإشكال أيضاً ذهب ابن رشد ، فقال[1]: القياس أن تكون الجدة الحرة أحق بالحضانة مـن الأم من أجل سيدها ، كما إذا تزوجت الأم، قـال : وإنما جعل الأم أحق ، أي : في مسألة المختصر ؛ لأنه رأى ألا يفـرق بينه وبين أمه ورآها أحق بحضانته من الجدة الحرة ؛ لأن سـيده هو الذي ينفق عليـه من أجل أنه أعتقـه صغيـراً ، ألا ترى أن من قول مالك وغيره في «المدونة» وغيرها أن من أعتق صغيراً وأمه عنده أنه لا يبيعها إلا ممن يشترط عليه نفقته ليكون مع الأم في نفقة سيدها .

ابن هارون وابن عبـد السلام : إنما يتم هذا لو كان زمان الحضانة هو الزمان الذي ينفق فيه السـيد على عبده ، والزمان الذي لا يعـرف بينه وبين الأم وولدها المعتق ، وهي أزمنة ثلاثة : زمان الحضانة في الذكر إلى الاحتلام ، وزمان النفقة على هذا المعتق أقل الأجلين، إما بلوغ الحلم ، وإما بلوغه قدر ما يسعى فـيه على نفسه ، والزمان الذي لا يفرق فيه بين الأم وولدها الإثغار على ما عرف في المذهب.

فالجـواب على إشكال اللخمي: أن المرأة إذا تزوجت حـصل بين زوجهـا الثاني وبين مطلقـها بعض العداوة له ولـولده فَنُزِعَ الولد من الأم لهذا المعنى بخـلاف الأمة فـإنها وإن شغلت بخدمة ساداتها لا يبغضون ولدها كما يبغضه الزوج ، ولا سيما إن كانوا هم الذين أعتـقوه، وينبهك على مـا أشرنا إليه من البغض مـا لمالك في «الموازية» : إذا نكحت الأم فالجدة للأم أولى بحضانة الولد إذا كان لها منزل تضمهم فيه ، ولا تضمهم مع أمهم .

وقال سـحنون في «أسئلة ابن حـبيب»: إذا كـانت الجدة لا زوج لها وهي سـاكنة مع ابنتهـا في دار زوجها الثاني لم يلزمـها الخروج من الدار ، ولم يكن للزوج حجـة في بقاء الولد مع الأم والزوج الثاني في موضع واحد .

ابن هشـــام : وبما في «الموازية» أفتى ابـن العواد ، وهي الرواية المشهـورة عن مالك وأصحابه ، ولعل سحنونا أراد الصبي؛ لأنه لا كشفة فـيه ، وقد يقول في الصبية الكبيرة:

---
(١) «البيان والتحصيل» (٥ / ٣٦٠).

إن أباها يكره اطلاع زوجها عليها ، ويمكن أن يكون ما قاله مالك في «الموازية» ليس معللاً بالبغض ، بل لأن للأب كما قال في «المدونة»: تعاهد الولد عند الأم وأدبهم وبعثهم إلى المكتب ، ولا يبيتون إلا عندها ، فإذا سكنت الحاضنة عند أمهم لم يكن للأب تعاهدهم عندها بسبب ما يحدث بذلك مما لا يخفى .

والأَبُ وَالْوَصِيُّ أَوْلَى مِنْ جَمِيعِ الْعَصَبَةِ عَلَى الْمَنْصُوصِ ، وَيُسَافِرُ بِهِمْ سَفَرَ نُقْلَةٍ ، وَقِيلَ : كَوَلِيِّ النِّكَاحِ...

يعني: أن الذي نص عليه في الرواية أن الوحي أولى من سائر العصبة.

ابن بشير : وينبغي أن يجري الأمر على قولين ، هل يكون مقدماً أو غير مقدم . وقد قدمنا في الصلاة على الميت وفي ولي النكاح ما يقتضي الخلاف في هذا الأصل ، وهي أن هذه الحقوق هل تكون كالحقوق المالية ، فلمالكها أن يتصرف فيها وينقلها إلى غيره ، أو لا تكون كالحقوق المالية؛ لأنه إنما ملك بسبب موجود فيه ، لا في المنقول إليه ؟

وهذا معنى قوله : (**وَقِيلَ : كَوَلِيِّ النِّكَاحِ**) وعلى هذا فيكون قوله : (**وَقِيلَ : كَوَلِيِّ النِّكَاحِ**) مقابل المنصوص ، وكان ينبغي أن يبين أن هذا القول مخرج ، وعلى هذا فقوله: (أولى) على المنصوص ، أي : ومقابله لا حق له في الولاية ، وإن كان لفظه يحتمل أن له حقاً في الولاية ، وليس بأولى لكن لم أرَ ذلك، وكذلك يحتمل أن يكون قوله : (**وَقِيلَ : كَوَلِيِّ النِّكَاحِ**) اختلاف طريقة ، ويكون أشار بذلك إلى أنه هل يكون أولى من الولي أو الولي أولى منه ، أو هما سواء ، أو كالأجنبي ؟ لكن لم أر نقلاً يساعده .

وقوله : (**وَيُسَافِرُ بِهِمْ سَفَرَ نُقْلَةٍ**) ظاهر؛ لأنه إذا كان للولي السفر بالطفل والوصي أولى منه ، كان الوصي أولى بذلك .

بعض الشيوخ : وإنما يقدم الوصي على الأولياء، ما لم يعلم أن ذلك من الأب، لشنآن بينه وبين جد الولد أو أخيه، فيقدمان على الوصي، قال : ولو كان الشنآن بينه وبين عم الولد أو ابن عمه لتقدم عليه الوصي؛ لأنهما يتهمان في عداوته والإساءة لعداوة الأب.

وَإِذَا اجْتَمَعَ الْمُتَسَاوُونَ رُجِّحَ الشَّقِيقُ ثُمَّ بِالصِّيَانَةِ وَالرِّفْقِ .

وقع في بعض النسخ : (**الشَّقِيقُ**) من الشقاقة ، وهو صحيح ، وقد تقدم ، وفي بعضها (الشفيق) من الشفقية وهو أيضا صحيح ظاهر المعنى ، وثم يرجح بالصيانة ثم

بالسن؛ لأن الغالب أن الأسن أقرب إلى الرفق والصبر من غيره .

فَإِنْ غَابَ الأَقْرَبُ : فَالأَبْعَدُ لا السُّلْطَانُ .

هذا ظاهر ، ولا مدخل له هنا ، بخلاف النكاح .

وَشَرْطُ الْحَضَانَةِ : الْعَقْلُ ، وَالأَمَانَةُ ، وَالْكِفَايَةُ ، وَحِرْزُ الْمَكَانِ فِي الْبِنْتِ يُخَافُ عَلَيْهَا ، وَلَوْ كَانَ أَباً أَوْ أُمّاً ، وَيَأْخُذُهَا مِنْهُمُ الأَبْعَدُ...

لمن يستحق الحضانة شروط:

أولها : العقل ، فلا حضانة لمجنون ولو كان غير مطبق ، ولا لمن به طيش .

ثانيها : الكفاية، فلا حضانة لمن به زمانة، أو بلغ به المرض أو الكبر ما لا يمكنه معه التصرف .

اللخمي : أو يمكنه بمشقة .

ثالثها : الأمانة ، فلا حضانة لمن يبذر ما يأخذه من نفقة المحضون ، أو كان غير مأمون في دينه ، لأن مَن هذا حاله يخاف أن يُدخل على المحضون فساداً .

فرع :

ويحتاج الحاضن أن يثبت الأمانة على ما ذكره ابن العطار وابن الهندي وغيرهما من الموثقين ، واحتجوا لذلك بما في إرخاء الستور من «المدونة»(١) : أن الحضانة يستحقها من الأولياء من كان في كفاية وحرز وتحصين ، وقد يكون الأب غير مأمون ، فرب أب شريب يذهب يشرب ويترك ابنته أو يُدخل عليها الرجال ، فهذا لا تضم إليه .

ابن القاسم : وينظر لها السلطان، المتيطي : فيما قيده الموثقون نظر عندي ، والواجب أن يحمل على الأمانة فيهم ، ولا يكلف بينة حتى يثبتوا عليه ذلك .

رابعها: المكان في البنت التي يخاف عليها، بخلاف الصبي والصغيرة التي لا يخاف عليها .

وقوله : (**وَلَوْ كَانَ أَبًا**) يعني : أن هذه الشروط تعتبر في الحاضن مطلقاً ، ولو كان أقرب الحاضنين أو الحاضنات ، ولا يقال: إن قربه يسقط بعض هذه الأوصاف .

---

(١) «المدونة» (٥/ ٣٦٠) .

واختلف في السفيهة ، فقيل : لها الحضانة ، وقيل : لا ، وهو قوله في «الموازية» ، قال : ولا حضانة لسفيهة ، ابن القاسم في «وثائقه» : ويلزم عليه العمى والصمم والقعد والخرس ، وقال اللخمي : إن كانت سفيهة في عقلها ذات طيش وقلة ضبط ، لا تحسن القيام بالمحضون ولا أدبه ، أو كانت سفيهة فيما تقبضه ، تنذره قبل انقضاء الأمر ، فلا حق لها في الحضانة ، بخلاف ما إذا كانت سفيهة مولى عليها ذات صيانة وقيام ، ويشترط في الحاضنة ألا تكون جذماء ولا برصاء ؛ وإن كان خفيفاً لم يمنع ، وإذا كانت الحاضنة لرجل روعي ذلك فيمن يتولى الحضانة من نسائه في القيام ، ودفع المضرة .

قوله : (**ويَأْخُذُهَا مِنْهُمُ الأَبْعَدُ.**) أي : إذا عدم من الأقرب بعض هذه الصفات أخذه الأبعد ، وهو ظاهر.

وَخُلُوُّ الْمَرْأَةِ مِنْ زَوْجٍ دَخَلَ بِهَا إِلا جَدَّ الطِّفْلِ عَلَى الأَصَحِّ .

لما ذكر الشروط المطلوبة ذكر أن الحاضنة يشترط فيها أن تكون خالية من الزوج ، لقوله عليه الصلاة والسلام : «**أنت أحق به ما لم تنكحي**»(١) وسقطت حضانتها بالزوج لاشتغالها بحقوق الزوج عن المحضون ، وهذا هو المعروف .

وفي «المتيطية»: عن مالك: إنه ليس للوالد أخذ الولد من الأم ، وإن تزوجت ودخل بها زوجها إذا كان الابن في كفاية .

قوله : (**إِلا جَدَّ الطِّفْلِ**) أي : فإن تزوج الحاضنة به لا يسقط حضانتها لشدة حنوه على الولد .

واعلم أن تزويج الحاضنة بجد الطفل لا يمكن أن يتصور ذلك في حق الأم لاستحالة أن يتزوج أم الولد بجده ، وإنما يتصور في جدة الطفل ونحوها ، والأصح مذهب «المدونة»، ومقابلة لابن وهب أنه لا يستثنى عنده أحد من الأزواج ، بل مطلق التزويج عنده مُسقطِ نظراً لقوله عليه الصلاة والسلام : «**ما لم تنكحي**» .

وقوله : (**جَدَّ الطِّفْلِ**) الأحسن جد المحضون؛ لأن الذي يتبادر إلى الذهن في العرف

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٧٦) ، وأحمد (٦٧٠٧ ، ٦٨٩٣) ، والحاكم (٢٨٣٠) ، والبيهقي في الكبرى (١٥٥٤١) .

قال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وحسنه الألباني ـ رحمه الله ـ .

من الطفل أنما هو الواحد الذكر ، وإن صح إطلاقه على أكثر من واحد لقوله تعالى : ﴿أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ [النور: ٣١] .

تنبيه :

قوله : (**إلا جَدَّ الطِّفْلِ**) نحوه لابن شاس[١] وابن بشير : إن تزوجت الأم أو من لها الحضانة، فإن لم يكن وليا للطفل فقد سقطت حضانتها ، وإن كان ولياً فقولان ، المشهور ثبوت حضانتها ، فأطلق في الولي، ونحوه للخمي وصاحب «المقدمات»، ففي «المقدمات»[٢]: وإن [كان][٣] زوجها ذا رحم من المحضون، فلا يخلو للخمي من وجهين:

أحدهما : أن يكون محرماً .

والثاني : ألا يكون محرماً .

فإن كان محرماً عليه فسواء كان ممن له الحضانة كالعم والجد للأب ، أو ممن لا حضانة له كالخال ، والجد للأم لا تأثير له في إسقاط الحضانة، وأما إن كان غير محرم عليه فلا يخلو أن يكون ممن له الحضانة كابن العم أو ممن لا حضانة له كابن الخال ، فإن كان ممن له الحضانة فهي أحق ما لم يكن للمحضون حاضنة أقرب إليه منه فارغة من زوج ، وإن كان ممن لا حضانة له سقطت حضانتها بكل حال ، كالأجنبي سواء .

وَإِنْ كَانَتْ وَصِيَّةً فَقَوْلانِ .

يعني : اختلف هل يستثنى من النساء إذا تزوجن المرأة الموصاة أم لا ؟ قولان ، وهما لمالك ، وروي عن أشهب وابن نافع : إذا أرادت النكاح له أن ينتزع الولد منها إن نكحت؛ لأن المرأة إذا تزوجت غلبت على جل أمرها حتى تعمل ما ليس بصواب . وقال في موضع آخر : إن أفردت لهم بيتاً مع من يخدمهم ، وأحسنت النظر لم ينزعوا منها .

فائدتان :

قال غير واحد : لا يُسقط التزويج بالأجنبي الحضانة في ست مسائل هذه على أحد القولين : وإذا كان الولد رضيعاً لا يقبل غير أمه ، وإذا قبل وقالت الظئر: لا أرضعه إلا عندي؛ لأن كونه في رضاع أمه ـ وإن كانت متزوجة ـ أرفق له من أن يسلم لأجنبية ، وإذا

---

(١) « الجواهر» (٢ / ٢٧٥). (٢) «المقدمات» (١/ ٣٠٠) .

(٣) سقط من ط.

كان من بعدها ممن له الحضانة غير مأمون ، وإذا كان من بعدها عاجزاً أو غائباً ، وإذا لم يكن للولد قرابة من الرجال ولا من النساء ، ويزاد سابعة وهي : إذا كان الأب عبداً والزوجة حرة ، فلا يكون للأب أن ينتزعه منها إذا تزوجت .

ابن القاسم : في «الموازية»: إلا أن يكون مثل العبد القيم بأمور سيده ، أو التاجر الذي له الكفاية ، فيكون أولى بولده إذا تزوجت الأم ، وأما العبد الذي يخرج في الأسواق ويبعث في الأسفار فلا .

الفائدة الثانية : قال في «المقدمات»[1] : اختلف بماذا يسقط الزوج الأجنبي حضانة زوجته ؛ فقيل: بالدخول ، وقيل : بالحكم عليها ، وقيل : بأخذ الولد منها، وعلى هذا يأتي اختلافهم فيمن طلق امرأته وله منها ولد ، فتزوجت ولم يعلم بتزويجها حتى مات عنها أو طلقها أو علم بذلك ولم تطل المدة ، هل له أن يأخذ الولد منها بعد خلوها من الزوج أم لا؟

وأما إن علم بتزويجها ولم يقم حتى طالت المدة ثم طلقها الزوج أو مات عنها فليس له أن يأخذ الولد منها ، لأنه يعد بذلك تاركاً لحقه على الخلاف في السكوت ، هل هو بمنزلة الإقرار أم لا ؟

وَلا يُشْتَرَطُ الإِسْلامُ عَلَى الْمَشْهُورِ ، وَتُضَمُّ إِلَى نَاسٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَلَوْ كَانَتْ مَجُوسِيَّةً أَسْلَمَ زَوْجُهَا...

لا يشترط في الحاضن والحاضنة أن يكونا مسلمين على المشهور ، وهو مذهب «المدونة» ، والشاذ لابن وهب : لا حق لكافرة؛ لأنه إذا لم يكن لمن أثنى عليه بِشَرٍّ حضانة، فالكافرة أولى ، واستحسنه اللخمي .

وقوله : (**وَتُضَمُّ إِلَى نَاسٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ**) ظاهره: أنها تضم مطلقاً .

وفي «المدونة»[2] : والذمية إذا طلقت والمجوسية يسلم زوجها وتأبى هي الإسلام فيفرق بينهما ، ولهما من الحضانة ما للمسلمة ، وتمنع أن تغذيهم بخمر أو خنزير، وإن خيف أن تفعل ذلك ضمت إلى ناس من المسلمين ، ولا ينتزعون منها ، فلم يقل: إنها

---

(١) «المقدمات» (١/ ٣٠١) .

(٢) «المدونة» (٤/ ٣١٥) .

تضم، إلا إذا خيف منها .

وَلا تَعُودُ بَعْدَ الطَّلاقِ أَوِ الإِسْقَاطِ عَلَى الأَشْهَرِ إلا فِي إِسْقَاطِه لِعُذْرٍ .

يعـني : فلو تزوجت الأم أو غيرها من الحاضنات أو أسقطته هي فهل لها أن تعود في الطفل فتأخذه إذا طلقت أو مات زوجها، فـالأشهر وهو مذهب «المدونة» أنها لا تأخذه ولا تعود لها الحضانة ، والشاذ لابن وهب أنها تأخذه .

وزاد في «المقـدمـات»[1] ثالثاً :أنها تسقط حـضانتها في حال تزويجهـا ، فإن طلقها الزوج أو مات عنها رجعت في ولدها، وفـيه نظر ، لأن هذا القول هو قول ابن وهب لأن ابن وهب لا يقول: إن لها الحضانة وهي متزوجة، وهكذا قال ابن عبد السلام.

صاحب المقدمـات وغيره: وهذا الخلاف إنما هو على مذهب من يرى أن الحضانة حق للحاضنة ، وأما على قول ابن الماجشون الذي يرى أن الحق في الحضانة للمحضون فلها أن تأخذ الولد متى خلت من الزوج .

ابن عبد السلام : واختلف في سكوت الحاضن الأقرب عن الحاضن الأبعد يأخذ الطفل أو غيره ممن كان له في الحضانة حق فتزوج مثلاً ، وبقي الطفل بيده هل يكون سكوته تركاً لحقه في الحـضانة ؟ على قولين ، إلا في إسـقاطه لعذر كمـرض أو لسفر حجة الـفريضة ونحو ذلك ، فإن لها الحضانة إذا زال عذرها .

فرعان :

أولهـــمـا : قال في «الموازية» : وإن تزوجـت الأم فأخذتهم الجـدة للأم ثم فارق الأم زوجها فللجدة أن تردهم عليها ، وليس للأب في ذلك حجة .

ابن محرز والمتيطي : أما لو ماتت الجدة وطلقت المرأة فهي أحق من الأب .

الثاني : قال أشهب عن مالك فيمن توفي زوجها فتركت أولادها خمسة أشهر أو سبعة ثم قيل لها : أنت أحق بهم مـا لم تنكحي، فقالت : والله ما علمت بهـذا، قال : الثاني في هذا قريب ، وهو يجـهل السنة، وقد سئل عمن فـارق زوجته وله منها بنت فطرحـتها وألحقت بأهلها ، فقامت عندهم ما شاء الله، ثم تزوجت لا تتعرض لبنتها ولا تريدها حتى

---

(١) «المقدمات» (١/ ٣٠١) .

ماتت ، فقامت أمها تطلب ابنة ابنتها ، فقال : إن كان لذلك سنة فأكثر فلا شيء لها ، فقد تركوها ورفضوها ، فإن كان لذلك سنة إلا يسيراً فأرى لها أخذها ، وإن تزوجها تزويجاً فاسداً لا يُقران عليه ، ودخل بها الزوج ، ونزع منها الولد ثم علم بفساد النكاح ففسخ ، فقال بعضهم : يرجع إليها الولد، وقال غيره : لا يرجع .

ابن يونس(١) : وهو أصوب ، وفسخ نكاحها كطلاق زوجها في النكاح الصحيح .

وَيَسْقُطُ حَقُّ الأُمِّ وَغَيْرِهَا مِنَ الْحَضَانَةِ إِذَا سَافَرَ وَلِيُّ الطِّفْلِ الْحُرُّ أَبًا أَوْ غَيْرُهُ سَفَرَ نُقْلَةٍ سِتَّةَ بُرُدٍ ، وَلَوْ كَانَ رَضِيعاً لا سَفَرَ نُزْهَةٍ وَتِجَارَةٍ إِلا أَنْ تُسَافِرَ مَعَهُ...

يعني : إذا سافر ولي الطفل سواء كان الولي أباً أو غيره ، ودخل في قوله: (أو غيره) الوصّي وغيره ، والحر أولى، يصح أن يقرأ بالخفض صفة للطفل ، وبالرفع صفة للولي ، لأنه إذا كان الولد أو أبوه رقيقاً لم يكن السفر مسقطاً للحضانة ، بل إن كان العبد هو الولد فليس لأبيه إذا سافر كلام ، بل هو تحت نظر سيده في الحضن ، وكذلك للسيد أن يسافر به ، ولأمه اتباعه إن أحبت ، وإن كان العبد هو الأب ففي «المدونة» ليس له حق إذا سافر والأم أحق به ، كانت حرة أو أمة ، لأن العبد لا قرار له ولا مسكن .

قوله : (**سَفَرَ نُقْلَة**) أي: سفر انتقال ، وأما إن سافر سفر نزهة أو تجارة فلا حق له ، وإليه أشار بقوله : (لا سَفَرَ نُزْهَةٍ وَتِجَارَةٍ) أي: ونحوهما .

وقوله : (**سِتَّةَ بُرُد**) هو بيان للسفر المسقط ، يعني : وأما لو سافر سفراً قريباً فإن ذلك لا يسقط حضانتها ، لإمكان نظر الولي ، وهذا التحديد لمالك في «الموازية» .

وقوله : (**وَلَوْ كَانَ رَضِيعاً**) مبالغة ، وهو المشهور ، بشرط أن يقبل غير أمه، ولابن القاسم : ليس له أخذه إلا أن يكون فطيماً قد استغنى عن أمه .

ولمالك في «الموازية» : لا يخرجوا بهم حتى يثغروا .

وقوله : (**إلا أَنْ تُسَافِرَ مَعَهُ**) يعني : أنه تسقط حضانتها بالسفر المذكور إلا أن تتبعه فهي على حضانتها ، ولا كلام للولي ، وإنما سقطت الحضانة بهذا السفر ، لأن نظر الولي لوصيه عام ، ونظر الأم إنما هو في أمور خاصة ، فكان تحصيل ما ينظر فيه الولي أولى من تحصيل ما تنظر فيه الأم ، ولهذا كان الوصي مقدماً على الأولياء إذا أراد سفراً بالمحضون.

(١) «الجامع» (٤ / ٤٤٤).

بعض شيوخنا[١]: وإن كان للولد وليان ، وهما في [القعد][٢] سواء ، فسافر أحدهما ، فليس له الرحلة بالولد ، والمقيم أولى لبقاء الولد مع أمه ، وكذلك إن لم تكن له أم ، لأنه هو المقدم في نكاحها إن كانت أنثى .

فرعان :

الأول: قال جماعة : يشترط في إسقاط الحضانة بالسفر أن تكون الطريق مأمونة ، يسلم فيها بالمال والحريم، وكذلك البلد الذي ينتقل إليه ، ولا يشترط أن لا يكون بين البلد الذي سافر إليه الأب وبلد الحضانة بحر على الأصح ، قاله ابن الهندي وغيره لقوله تعالى: ﴿ **هُوَ الَّذِي يُسَيِّرُكُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ** ﴾ [يونس: ٢٢] .

الثاني : إذا قلنا : للولي الانتقال بالولد، فقال ابن أبي زمنين : كان بعض من أدركنا من شيوخنا المقتدى بهم في الفتوى يفتون بأن الولي لا يكون أحق حتى يثبت عند حاكم البلد الذي فيه الحاضنة أنه قد استوطن الموضع الذي رحل إليه، وقال ابن الهندي وابن الفخار وغيرهما : بل له الأخذ إذا أراد الرحيل .

واحتجوا بقوله في «المدونة»[٣] : إذا أراد الأب أن يرتحل إلى بلد ؛ أن للأب أن يخرج بولده معه إذا ارتحل ، وكذلك الأولياء ، فلم يكلفه ببينة أنه قد استوطن . وعابوا الأول لأنه يؤدي إلى المشقة في الراحل إلى البعيد ، وقد آوى إلى إسقاط حقه .

ابن الهندي : ويحلف لقد يريد استيطان ذلك البلد .

بعض القرويين : وهذا يحسن في المتهم ، وأما المأمون فلا يمين عليه، ووقع لسحنون في «أسئلة حبيب»: أنه كان يكشف عن انتقاله كشفاً شافياً ، فإن تبين ضرره منع ، وإن كان خروجه حقيقة لا مضاراً بالأم لم يمنع ، وقيل للأم : اتبعي ولدك إن شئت .

واستدل بعضهم على صدقه بقرائن الأحوال ، فإن باع ربعه أو نحو ذلك صدق ، وعلى أنه لا بد من الاستيطان بمدة غير محدودة ، بل يرجع إلى اجتهاد الحاكم .

عبد الحق[٤] : ووقع في «وثائق ابن الطلاع» : تحرير المدة بالعام .

---

(١) «الجامع» (٤ / ٤٤٤).

(٢) في «الجامع» : القعود.

(٣) «المدونة» (٥/٣٥٨) .

(٤) «النكت والفروق» (١/٢٤٦) .

وَقَالَ أَصْبَغُ : بَرِيدَيْنِ .

قوله : (**وَقَالَ أَصْبَغُ : بَرِيدَيْنِ**) يقتضي ثبوت معطوف عليه ، وهو قوله : (ستة برد).

ابن عبد السلام: ولم يثبت (ستة برد) في كل النسخ، ولم أر أنا نسخة إلا وفيها ذلك.

وقال أصبغ في «الموازية» : لأن فيها عنه : ليس للأم أن تنتجع بولدها من الأسكندرية إلى الكريون .

اللخمي وغيره : وبينهما بريدان، وقريب منه ما قاله مالك : في البعيد مرحلتان.

أبو إسحاق : وقول أصبغ ظاهر «المدونة» ؛ لأنه قال : القريب البريد ونحوه .

ولمالك: أن مسيرة اليوم قريب للأم أن تخرج بالولد إليه، قيل : وهو الأقرب قياساً على سفر القصر، ولمالك : حد القريب أن يكون بموضع لا ينقطع خبر الولد منه، من غير أن يحده بأميال .

اللخمي : وهو بين ، فرب قريب لا ينقطع خبر الولد منه ، واستعلام حاله لكثرة تردد أهله بين الموضعين ، ورب قريب لا يعرف فيه حال الولد لقلة التصرف فيما بين الموضعين .

وقال ابن مغيث : الذي مضت الفتوى به عند شيوخ المذهب ما ذكره المصنف أولاً : ستة برد، وقيل : إذا كان على رأس البريد هو بعيد .

وروى ابن وهب في «الموطأ» : حتى يرتحل من المدينة إلى مصر، ومثله عن أشهب .

وَسَفَرُهُ أَوْ سَفَرُ الأُمِّ بِهِ دُونَ ذَلِكَ ، لا يَسْقُطُ ، وَفِيهَا : كَالْبَرِيدَيْنِ .

يعني : وسفر الولي أو سفر الأم دون المسافة المسقطة لا يسقط حق الحاضنة ؛ لأن ذلك لا يمنع الولي من النظر في أمر الطفل، وفي «المدونة»[1] تحرير القرب بالبريد ونحوه.

وقد تقدم أن أبا إسحاق أخذ منه أن البعيد بريدان كما قاله أصبغ ، وكذلك قال ابن رشد في قول أشهب : لا يرحل بهم ثلاثة برد . هذا مثل ما في «المدونة» لا ينتجع بهم إلا في المكان القريب ؛ البريد ونحوه، وما ذكره من تسوية سفر الولي والحاضنة نص عليه

(١) «المدونة» (٥/٣٥٨) .

اللخمي وغيره .

ابن راشـد: وحيث قلنا: تخرج بهم الأم فحقهـم في النفقة باق على أبيهم في ظاهر المذهب . وحكى في «الطرر» عن ابـن جمـاهر الطليطلي أن الأم إذا خـرجت ببنيهـا إلى الصائفة سقط الفرض عن أبيهم مدة مقامهم ، ولو طلبت الانتقال بهم إلى موضع مصر ، فشرط الأب عليها نفقتهم وكسوتهم جاز ذلك ، وكذلك إذا خاف أن تخرج بهم بغير إذنه ، فـشرط عليـها إن فـعلت ذلك فنفـقتـهم وكسـوتهم عليـها ؛ لزمـها ذلك ، قـاله بعض الأندلسيين.

وَفِي اسْتِحْقَاقِ الْحَاضِنَةِ عَنْهَا شَيْئًا قَوْلانِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ حَقٌّ لَهُ أَوْ لَهَا .

قوله : **(عَنْهَا)** أي: عن الحضانة، وما ذكر المصنف من منشأ الخلاف ذكره صاحب «المقـدمـات»[(١)] وابن بشير، فقـالا : من رأى الحضانة حقاً للمحـضون أوجب للحاضن الأجرة على المحضون ، ومن رآها حقاً للحاضـن لم ير له أجرة، وما قاله ابن عبد السلام من عكس هذا البناء ليس بظاهر ، قال في «المقدمات»[(٢)] : من رأى أن ذلك من حقها لم يرَ لها سكنى ، ومن رأى ذلك من حق المحضون رأى أن لهما كراء المسكن على الأب .

خليل : وفيه نظر ؛ لأن المشهور أن الحق للحاضنة ، والمشهور أن على الأب السكنى، وهو مذهب «المدونة» خلافاً لابن وهب، وعلى المشهور فقال سحنون : يكون السكنى على حسب الاجتهاد، ونحوه لابن القاسم في «الدمياطية» ، وهو قريب لما في «المدونة» .

وقال يحيى بـن عمر : على قدر الجمـاجم، وروي : لا شيء على المرأة ما دام الأب موسراً . وقيل : إنها على الموسر من الأب والحاضنة . وحكى ابن بشير قولاً بأنه لا شيء على الأم من السكنى ، ورأى اللـخمي: أن الأب إن كـان في مـسكن يملكه أو بكراء ولو كان ولده معه لم يزد عليه في الكراء شيئاً ؛ لأنه في مندوحة عن دفع الأجرة في سكناه ، وإن كان يزاد عـليه في الكراء ، وعليـها هي لأجل الولد ، فـعليه الأقل مما يزاد عـليه أو عليها لأجله ، فإن كـان ما يزاد عليها أقل أخذته لأنه القدر الذي أضـر بها ، وإن كان ما يزاد عليه غرمه لأنه مما لم يكن له بد ولو كان عنده .

---

(١) «المقدمات» (١/ ٣٠٢) .

(٢) «المقدمات» (١/ ٣٠٢) .

وفي «الطرر» : لا سكنى للرضيع على أبيه مدة الرضاع ، فإذا خرج من الرضاعة كان عليه أن يسكنه .

خليل : ولا أظنهم يختلفون في الرضيع .

فائدة :

في المذهب مسائل اختلف فيها ، هل هي على الرؤوس أم لا ؟ منها: هذه ، ومنها: أجرة كاتب الوثيقة، ومنها: كانس المراحيض، ومنها: حارس الأندر ، ومنها: أجر القاسم، ومنها: التقويم على المعتقين ، ومنها: الشفعة إذا وجبت لشركاء ، ومنها: العبد المشترك في زكاة الفطر ، ومنها: النفقة على الأبوين ، ومنها: إذا أرسل أحد الصائدين كلباً والآخر كلبين ، ومنها: إذا أوصى بمجاهيل من أنواع .

وَعَلَى الاسْتِحْقَاقِ فَإِنِ اسْتَغْرَقَتْ أَزْمَانَهَا فَنَفَقَةٌ وَإِلا فَأُجْرَةٌ .

يعني : وعلى القول باستحقاق الحاضنة على الحضانة أجرة ، فإن أشغلها ما يتعلق بالولد في جميع أزمانها وجبت لها النفقة كالزوجة ، وإن لم تستغرق أزمانها وجب لها من الأجرة بحسب ما يقرره أهل العرف لها .

اللخمي : وإن كان الولد يتيماً فللأم أجرة الحضانة إن كانت فقيرة والابن موسراً ؛ لأنها تستحق النفقة في ماله ، واختلف إذا كانت موسرة ، فقال مالك : لا نفقة لها، وقال مرة : لها النفقة إذا قامت عليه بعد وفاة أبيه، وقال أيضاً : تنفق بقدر حضانتها إذا كانت لو تركته لم يكن له بد من الحضانة، فجعل لها في هذا القول الأجرة دون النفقة .

اللخمي : وأرى إن تأيمت لأجلهم وكانت هي الخادمة والقائمة بأمورهم أن لها النفقة، وإن كانت أكثر من الأجرة لأنها لو تركتهم وتزوجت أتى من يقف عليها ـ وكأن من النظر للولد كونهم في نظرها ـ وإن لم تكن تأيمت لأجلهم أو كانت في سن من لا يتزوج كان لها الأجرة ، وإن كانت دون نفقتها ، وإن كان لهم من يخدمهم واستأجرت من يقوم بخدمتهم فإنها هي ناظرة بما يصلح للولد فقط لم أر لها شيئاً .

فرعان :

الأول : إن لمن الولد في حضانتها من أم أو غيرها أن تأخذ ما يحتاج إليه الولد من نفقة أو كسوة وغطاء ووطاء ،وإن قال الأب : هو يأكل عندي ثم يعود إليك، لم يكن له

ذلك ؛ لأن في ذلك ضرراً على الولد وعلى الحاضنة ؛ إذ الأطفال يأكلون في كل وقت ، قاله غير واحد .

وكتب شجرة إلى سحنون في الخالة الحاضنة إذا قال الأب : إنها تأكل ما أعطيه ؛ وطلب الأب أنه يأكل عنده ويعلمه ، فكتب إليه: إن القول للأب ، فجعل للحاضنة أن يأوي إليها فقط ، والأول هو الأصل ، ولعله ظهر صدقه في السؤال ، وقد ذكر ابن يونس[1] عن مالك هذا التفصيل نصا في «العتبية».

الثاني : **اللخمي** : اختلف في خدمة الولد ، ففي «المدونة»: إن كان لا بد للولد من خادم لضعفهم عن أنفسهم والأب يقوى على الإخدام أخدمهم .

وقال ابن وهب في «الدمياطية» : ليس عليه أن يخدمهم ، وبذلك قضى أبو بكر على عمر رضي الله عنهما .

وَتَجِبُ عَلَى الْوَلَدِ نَفَقَةُ أَبَوَيْهِ الْفَقِيرَيْنِ - صَحِيحَيْنِ أَوْ زَمِنَيْنِ، مُسْلِمَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ - صَغِيرا أَوْ كَبِيرا، ذَكَرا أَوْ أُنْثَى ، وَإِنْ كَرِهَ زَوْجُهَا...

يعني : أنه يجب على الولد أن ينفق على أبويه سواء كانا صحيحين أو زمنين مسلمين أو كافرين ، صغيراً أو كبيراً ، وكذلك أيضاً لو كان هو كافر وهما مسلمان ، هذا هو القول المشهور ، وروى ابن غانم عن مالك أنه لا نفقة للأبوين الكافرين ، واشترط أن يكونا فقيرين ؛ لأنه لا نفقة لهما إذا كانا غنيين .

ابن لبابة : ويحلفه الولد على فقره استبراء للحكم، وقال غيره : لا يحلفه ؛ لأنه من الحقوق ، وبه الحكم .

وَلا يُسْقِطُهَا تَزْوِيجُ الأُمِّ لِفَقِيرٍ .

أي : إذا تزوجت الأم فقيراً فوجوده كعدمه ، ونفقتها مستمرة على الولد، وكذلك أيضاً لو كان الزوج مليا وافتقر ، ولو كان يقدر على بعضها تمم الابن باقي النفقة ولو كان الزوج مليا، وقال : لا أنفق عليها إن رضيت ، وإلا فارقتها ؛ فرضيت الأم . فقال الباجي[2]: ينفق الابن، وقال اللخمي : لا ينفق ، إلا أن تكون قد أسنت والزوج على

---

(١) «الجامع» (٤ / ٤٥٢).

(٢) «المنتقى» (٦/ ٢٣) .

غير ذلك ، أو يقوم الدليل على صحة قوله .

فَإِنْ كَانَ أَوْلَادٌ مُوسِرُونَ وُزِّعَتْ ، وَفِي تَوْزِيعِهَا عَلَى الرُّؤُوسِ أَوْ عَلَى الْيَسَارِ قَوْلَانِ .

القول بأنها على الرؤوس لابن الماجشون وأصبغ ، والقول: بأنها على قدر اليسار، لابن المواز، وقال مطرف وابن حبيب : على قدر الميراث .

فرع :

إذا كان للأب مال فوهبه أو تصدق به ثم طلب الابن بالنفقة فللولد أن يرد فعله ، وكذلك لو تصدق به على أحد ولديه كان للولد الآخر أن يرد فعله ؛ قاله اللخمي .

وَكَذَلِكَ خَادِمُهُ وَخَادِمُهَا عَلَى الْمَشْهُورِ .

هذا عائد على صدر الفصل ، يعني : وكذلك يجب على الولد نفقة خادم الأب وخادم الأم على المشهور ، والشاذ لابن عبد الحكم : ليس عليه أن ينفق على خادم أبيه .

وفي «**المدونة**»[١] : يلزمه أن ينفق على خادم أبيه وخادم زوجة أبيه ؛ لأن خادم زوجة أبيه تخدمه، ويحتمل كلام المصنف من حيث اللفظة أن يكون قوله : (**وَكَذَلِكَ خَادِمُهُ**) راجع إلى مسألة توزيع النفقة ، وهو بعيد .

وَكَذَلِكَ إِعْفَافُهُ بِزَوْجَةٍ .

يعني : وكذلك يجب على الولد أن يعف والده بزوجة ، هذا قول أشهب ، واختاره ابن الهندي ، قيل : وهو المشهور عن مالك وابن القاسم أنه ليس على الولد ذلك، وقاله المغيرة وابن عبد الحكم ، وفي رواية ابن نافع وأشهب : إن كان رجلاً نكاحاً يأتي امرأة لها شأن ، فما أرى ذلك عليه .

اللخمي : إن كان محتاجاً إلى النساء زوجه ، وإن لم يكن محتاجاً لهن ويخدم نفسه لم يكن عليه تزويجه ، وإن لم يكن قادراً على خدمة نفسه ، أو كان مثله لا يتكلف ذلك، كان تزويجه حسناً .

قال ابن رشد[٢]: لو تحققنا حاجة الأب إلى النكاح، لانبغى ألا يختلف في وجوب ذلك على الابن، فالاختلاف إنما هو عائد إلى تصديق الأب فيما يدعيه من الحاجة إلى النكاح .

---

(١) «المدونة» (٥/ ٣٦٤) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٥ / ٣٢٨).

اللخـمي : وينفق الابن على زوجة الأب ، سواء كان الأب محتاجاً إليها في الإصابة أم لا ، لأنه وإن أسن يحـتاج إلى رفق من يقوم بـه ، ولأن عليه مضـرة ومعـرة في فراق زوجته لعدم النفقة ، قال في «المدونة»[١] : وينفق على زوجة وإخوة لا أكثر، ولا إشكال في هذا إن كانتـا أجنبيتين ، وأما إن كانـت إحداهما أمه ، فاختـلف في ذلك إذا كانت أم الولد فقيرة ، فقيل: يلزمه نفقتهما أما الأم فلفقرها ، إذ لو فارقها الأب لكان عليه نفقتها، وأما الأخرى ، فلأنها لو كانت وحدها لزمته نفقتها، وقيل : لا يلزمه إلا نفقة أمه .

ابن يونس[٢]: وهو أشبه بظاهر الكتاب ؛ إذ ليس عليه أن ينفق إلا على امرأة واحدة، وقال اللخمي : إنما ينفق على أمه فقط ، إلا أن تكون أمه قد أسنت ، والأخرى شابة.

وفي «الأبنية» فعليه أن ينفق عليهما جميعاً ، ونقل ابن عيشون عن ابن نافع: أنه ينفق على أربع زوجات الأب .

فرع :

ولا يلزم الولد أن ينفق على زوج أمه الفقير، وقال في «الكافي»[٣] : علـى الابن أن ينفق عليه، وفي «الإرشاد» أنه يجـب على الابن أن ينفق على زوج الأم إن أعسر ، إلا إن تزوجته فقيراً .

فَإِنْ كَانَتْ لَهُ دَارٌ لا فَضْلَ فِي ثَمَنِهَا لَمْ تُعْتَبَرْ كَمَا يَأْخُذُ مِنَ الزَّكَاةِ .

تصوره ظاهر ، واختلف إذا كانت للابن دار يسكنهـا ، وليس للأب مال ، فقال ابن القاسم : لا تباع دار الابن لأجل نفقة الأب، وقـيل : بل تباع، وعلى هذا فيبيع دار الأب لينفق منها على نفسه أولى .

وَشَرْطُ نَفَقَةِ الْوَلَدِ وَالأَبَوَيْنِ ـ الْيَسَارُ .

يعني : كما يشترط في طالب النفقة الفقر فكذلك يشترط في معطيها اليسار .

الباجي[٤] : وتلزم نفقة الأبوين المعسرين ، وإن قويا على العمل، وقال اللخمي : إن

---

(١) «المدونة» (٥/ ٣٦٤) .
(٢) «الجامع» (٤ / ٤٥٣، ٤٥٤).
(٣) «الكافي» (ص/ ٢٩٩) .
(٤) «المنتقى» (٦/ ٢٣) .

كان للأب صنعة تقوم به وبزوجته أجبر على عملها ، وإن كانت تكفيه لبعض حاجته تمم الابن الباقي .

فرع :

إذا طلب الأب من الابن النفقة وادعى الفقر وأنكر الابن فقر أبيه ، وادعى أنه عديم ، فقال ابن العطار وابن أبي زمنين : الابن محمول على الملاء حتى يثبت خلافه ، وعليه أن يثبت العدم، وقال ابن الفخار : بل على الأب إثبات ملاء ابنه، قال : وإن كان للأب ولد آخر وجب على الابن المدعي العدمَ إثباتُ عُدْمِهِ ؛ لأن أخاه يطالب بالنفقة معه .

ابن العطار : وأما الوالد في نفقة الولد إن لم يثبت أنه ملك شيئاً ، فالقول قوله مع يمينه ، ومن ادعى أن له ملكاً فعليه البينة .

وَتَسْقُطُ عَنِ الْمُوسِرِ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ بِخِلافِ الزَّوْجَةِ

يعني : لو كان الأب عديماً ، والولد موسرا أو العكس ، فتحميل الموسر في النفقة زماناً لم يكن له الرجوع بما تحيل على من تجب عليه نفقته لأنها مواساة تدفع لسد خلة المحتاج في وقتها ، وإذا انسدت تلك الخلة بوجه سقط الوجوب ، بخلاف نفقة الزوجة فإنها واجبة بمعنى المعاوضة ، ألا ترى أنها تجب لها ولو كانت غنية .

إِلا أَنْ يَفْرِضَهَا الْحَاكِمُ أَوْ يُنْفِقَ غَيْرَ مُتَبَرِّعٍ .

إلا أن يفرضها الحاكم فيرجع ولو مضى زمانها ، وكذلك أيضاً إذا أنفق غير متبرع ، فإنه يرجع بما أنفق على الابن .

وَلا رُجُوعَ بِنَفَقَةِ الآبَاءِ وَالأَبْنَاءِ إِذَا أَيْسَرُوا بَعْدُ .

لأنهم لو أخذوا في الفقر بوصف الاستحقاق فكان ذلك بمنزلة ما لو أخذ الفقير من الزكاة ، ثم طرأ غناؤه ، ولأنه لو كان له الرجوع لكان المدفوع أولاً سلفاً ، والفرض خلافه .

وَلا تَجِبُ نَفَقَةُ جَدٍّ وَلا جَدَّةٍ وَلاَ وَلَدِ الْوَلَدِ

هذا هو المذهب .

فرع :

اللخــمي : ولو كان للابن صنعة فيها فضل عن نفقـته لزمته نفقة أبويه ، فإن كان له زوجة ، فللأب مـا فضل عن نفقتـه ونفقتهـا ، واختلف إذا كان له ولد ، فقـيل : يقسم الفاضل بينهما ، وقال ابن خويز منداد : يبدأ بالابن .

وَتَجِبُ نَفَقَةُ مِلْكِ الْيَمِينِ ، وَإِلا بِيعَ عَلَيْهِ.

تصوره ظاهر .

فرع :

إذا تبين ضرره بعـبده في توجيعـه وتكلفه من العمل مـا لا يطيق وتكرر ذلك منه بيع عليه .

وسئل ابـن حارث عن مملوكـة اشتكت إضـرار سيدهـا بها وضربـها ، فقـال : ليس الضرب ـ وإن صح ـ بالذي يدل على الضرر ، إذ للمـالك أن يؤدب مملوكه ، وهو مصدق إلا أن يظهر تعـديه فيباع ، ولا يـكلف مملوكه إثبات الضـرب إلا أن يكون السيد مشـهوراً بالشر والتعدي ويعرف بذلك ، وثبت ذلك عليه مع أثر الضرب .

ابـن زرب : وروي عن مالك في المملوكة تطلب أن تباع : ينظر في أمرها ، فإن كان ما هي فيه ضرر بيعت ، وإلا فلا ، قال : وكان بعض شيوخ بلدنا يفتون بأن تكرير الشكية منها يوجب بيعها ، غير أن هذا إنما يكون في المجـهول الحال ، وأما إن كان السيد من أهل الخير فلا يجوز بيعها إلا بثبوت الضرر .

وَكَذَلِكَ الدَّوَابُّ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَرْعًى .

أي : إن لم يكن مرعى فتعلف أو تباع ، كـذلك أيضاً إن كان المرعى لا يكفيها ، ولا يكلف الدواب أيضاً فوق طاقتها .

وَلا يَجُوزُ مِنْ لَبَنِهَا إلا مَا لا يَضُرُّ بِنِتَاجِهَا.

تصوره ظاهر .

كتاب الْبُيُوعِ

أتى بجمع الكثرة لتعدد الأنواع.

وحَدَّ المازري البـيع بأنه : نقل الملك بعوض، وهذا يشـمل الصحيح والفـاسد ؛ بناء على أن الفـاسد ينقل الملك ، قـال : وإن قلنا: إنه لا ينقل لم يشـمله ، لكن العـرب قد تكون التسمية عنـدهم صحيحة ؛ لاعتقادهم أن الملك قد انتـقل على حكمهم في الجاهلية وإن كان لم ينتقل على حكم الإسلام .

خليل : وإن أردت إخراجه بوجه صحيح لا شك فيه فتزيد بوجه جائز .

ابن راشد : ويرد عليه أسئلة .

الأول : أن البيع علة في نقل الملك ، فنقول : انتقل الملك لمشترى الدار لأنه ابتاعها ، والعلة مغايرة للمعلول فلا يمكن حد البيع بالنقل .

ثانيها: أن النقل حقيقة في الأجسام مجاز في المعاني ، والمجاز لا يستعمل في الحدود.

ثالثـهــا : أن الملك مجـهول ؛ لأنا إن قلنا : هو التـصرف انتقض لتـصرف الوصي والوكيل؛ لأنهمـا غير مالكين وهما يتـصرفان، وقد يوجد الملك ولا تصـرف في المحجور عليه ، وقد يوجدان معا في ملك الرشيد .

وإذا كانت حقيـقة الملك مجهولة ؛ فيكون عرف البـيع بما هو أخفى منه، والأقرب ما قاله ابن عبد السلام : إن حقيقة البيع معروفة لكل أحد لا تحتاج إلى حد .

وهذا الباب مما ينبغي أن يهتم به ؛ لعموم البلوى .

وقول بعض الناس : يكفي ربع العبـادات، ليس بشيء ؛ إذ لا يخلو مكلف غالبا من بيع وشراء ، فيجب أن يعرف حكم الله في ذلك قبل التلبس به .

لِلْبَيْعِ أَرْكَانٌ : الأَوَّلُ : مَـا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا مِنْ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ فَتَكْـفِي الْمُعَاطَاةُ ، وَبِعْنِي ، فَيَقُولُ : بِعْتُكَ .

اللام للاختـصاص، والركن : جزء الشيء وهو داخل في الماهية ، وذكـر للبيع ثلاثة أركان : مـا يدل على الرضا ، والعـاقد ـ والمراد به: البـائع والمشتـري ـ والمعقـود عليه .

وسيأتي كل واحد منهما .

وعلى هذا فقوله: (**لِلْبَيْعِ أَرْكَانٌ**) فيه حذف مضاف؛ أي: ثلاثة أركان، أو على حذف الصفة؛ أي : أركان ثلاثة، وإنما كان المتعاقدان من أركان البيع ؛ لتوقف البيع عليهما.

وقوله :(**الأَوَّلُ**) أي : الركن الأول ما يدل على الرضى من قول ؛ كقولك : بعت ، وقول المشتري : قبلت، أو فعل كالمعاطاة .

وقول الشافعية : لا دلالة للأفعال بالوضع فلا ينعقد بها البيع، ليس بظاهر ؛ لأنه لا يلزم من نفي الدلالة الوضعية نفي مطلق الدلالة ؛ لبقاء الدلالة العرفية على الرضا وهو المقصود ، إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منهما ؛ لقوله تعالى : ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ**﴾ [النساء: ٢٩] وقدم هذا الركن ؛ لأنه الموجود أولاً طبعا فوجب تقديمه وضعاً ، وتاليها السلعة .

وقوله : (**وَبِعْنِي**) فيقول : بعتك ، معطوف على المعاطاة ؛ أي : ويكفي قول : بعني من المشتري ؛ فيقول البائع : بعتك بعد قوله: بعني كالقبول ؛ لأنه دال على الرضا .

وَفِيهَا : لَوْ وَقَفَهَا لِلبيْعِ ، فَقَالَ : بِكَمْ ؟ فَقَالَ : بِمِائَةٍ ، فَقَالَ : أَخَذْتُهَا ، فَقَالَ : لا أرضى، يَحْلِفُ مَا أَرَادَ الْبَيْعَ...

ذكر هذه المسألة إثر الأولى لما بينهما من الارتباط، كما فعل ابن القاسم فيها، قال فيها: فإن قلت لرجل : بعني سلعتك بعشرة؛ فقال : قد فعلت لا أرضى، فقال : قال مالك فيمن وقف سلعة للسوم، فقال : بكم هي؟ فقال: بعشرة ، فقلت: قد رضيت، فقال: لا أرضى أنه يحلف ما أراد البيع، وإن لم يحلف لزمه. قال ابن القاسم : فكذلك مسألتك.

وذكر صاحب «البيان»[1] في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : نفي اللزوم لـ«المدونة» إذا حلف .

الثاني : لمالك في «العتبية»: اللزوم .

الثـالث : للأبهري : أنه إن كان ذلك قيمة السلعة وكانت تباع بمثله ، لزم البيع وإلا

---

(١) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٧٥) .

حلف ما أراد البيع ولم يلزمه .

قال : وهذا الاختلاف إنما هو في السلعة الموقوفة للبيع ، وأما إن لقي رجلٌ رجلاً في غير السوق ، فقال له : بكم عبدك هذا ، أو ثوبك هذا لشيء لم يقفه ؟ فقال: بكذا، فقال : أخذته به ، فقال : لا أرضى إنما كنت لاعباً وشبه ذلك ، فإنه يحلف على ذلك ولا يلزمه البيع باتفاق ؛ إلا أن يتبين صدق قوله فلا يمين عليه باتفاق، وقد ذهب بعض الناس إلى أن الخلاف في ذلك إن لم تكن السلعة موقوفة للبيع .

خليل : وعلى هذا فيتحصل في المسألة أربعة أقوال : الثلاثة الأقوال المتقدمة ، والرابع: الفرق بين أن تكون موقوفة للبيع أو لا .

قال في «البيان»(١) : ومثل هذا المثال في الخلاف لو قال السائم : أنا آخذه بكذا ، فقال البائع : قد بعتك ، فقال السائم : لا آخذه بذلك .

ابن أبي زمنين: إذا قال البائع : قد بعتك بكذا أو أعطيتك بكذا ، فرضي المشتري وأبى البائع ، وقال : لم أرد البيع ، لم ينفعه ولزمه البيع، وكذلك إذا قال المشتري: قد ابتعت منك بكذا فرضي البائع ، لم يكن للمشتري أن يرجع، ولو قال البائع: أنا أعطيكها بكذا أو أبيعها بكذا، فرضي المشتري ، وقال البائع : لم أرد البيع، فذلك له ويحلف، وكذلك لو قال المشتري : أنا أشتريها منك أو آخذها ، فرضي البائع ورجع المشتري كان ذلك له ويحلف، قال : فافهم هذه الوجوه ، فهي كلها مذهب ابن القاسم وطريقة فتياه.

وحاصله : التفرقة بين أن تكون الصيغة بلفظ الماضي فيلزم ؛ أو بالمضارع فيحلف، وإتيان المصنف ـ رحمه الله ـ بمسألة المساومة بعد ؛ يعني : يحتمل الاستدلال ويكون المصنف رأى التساوي بينهما كما رآه ابن القاسم .

ويحتمل أن يكون ذكره تنبيها على ضعف قياس ابن القاسم كما أشار إليه بعضهم ؛ لأن دلالة اللفظ في الأولى على الرضا أقوى منه في الثانية ؛ لأنه طلب البيع بلفظ صريح في الطلب ؛ وقد أمضى له البائع ذلك بقوله : قد فعلت ، فكلامه الثاني: لا أرضى يعد ندماً فلا يقبل منه .

وأما الثانية : فيحتمل أنه أوقفها ليعلم ما تساوي ولا يبيعها ، أو ليعلم ما تساوي ثم

---

(١) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٧٥) .

يبيعها لآخر طلبها منه .

وقول السائل : (بِكَـمْ) هو يحتمل أن يريد : بكم اشتريتها أو بكم تبيعها ، فإذا قال له السائل : قد رضيتها، فلا بد من جواب البائع ، لكن لما كان كلامه الأول محتملاً حلفه مالكٌ لرفع الاحتمال ، ولعل مالكاً لو سئل عن الأولى ما قبل فيها من المشتري يميناً .

ولهذا الذي أشرنا إليه من أن اللزوم في (بعني) أقوى ، ذكر صاحب «البيان»(١) بعد أن ذكر الخلاف المتـقدم في قوله : بكم ، أنه اختلف إذا قال المشـتري : بعني بكذا ، فلما أراد البائع أن يلزمه ذلك أبى ؛ أو قال البائع : خـذها بكذا ، فلما أراد المشتري أن يأخذها أبى، فقـيل : إن ذلك كالمساومـة ، يدخل في ذلك الاختـلاف المذكور ، وهو الذي يأتي على ما في «المدونة»؛ لأنه ساوى بينهما، وقـيل : إن قول المشتري: بعني ، بمنزلة قوله : اشتريت، وأشتـريها بكذا ، بمنزلة قوله : قد بعت ، يلزم ذلك كل واحد منـهما إذا أجابه صاحبه بالقبول ؛ وإلا مضى في المجلس قبل التفرق ، وهو قول ابن القاسم ، وعيسى بن دينار في «كتاب ابن مزين».

فإن قيل : فما الفرق على المشهور في هذه المسألة بينها وبين النكاح فإنه لازم ؟

قيل : قد تقدم الفرق في بابه، والله أعلم .

ابن راشد : **فرع** : إذا تراخى القبول عن الإيجاب ، فهل يفسد البيع أم لا ؟ أشار ابن العربي في «قبسه»(٢) إلى الخلاف في ذلك ، ثم قال : والمختار جواز تأخيره ما تأخر .

وفي «شـرح الجلاب»(٣) المنسوب بإفريقية للشارمـساحي ما يدل على اعتبار القرب ، قال فيه : وإذا نادى السمسار على السلعة فأعطى فيها تاجر ثمناً لم يرض به البائع ، ثم لم يزده أحد على ذلك ، فإنها تلزمه بذلك الثمن إلا أن تطول غيبته .

وفي «المقـدمـات»(٤) : الذي يأتي على المذهب أن من أوجـب البيع لصـاحبـه من المتبايعين إن أجابه صاحبه بالقبول في المجلس ، لم يكن له أن يرجع .

---

(١) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٧٥) .

(٢) «القبس» (٣/ ١٨٣) .

(٣) «التفريع» (١/ ١٥٣) .

(٤) «المقدمات» (٢/ ٩٨) .

ومقتضى ذلك : أنه إن لم يجب في المجلس أنه لا يلزمه .

والظاهر ما قاله ابن العربي ، بدليل أن المحجور عليه إذا باع من ماله أن لوليه الإجازة، وإن طال الأمر ولم يحصل غير الإيجاب من المحجور مع قبول المبتاع ؛ وإيجاب المحجور كالعدم .

وكذلك بيع الفضولي ؛ يقف القبول على ربه على المشهور ؛ وإن طال، ويمكن أن يقال : حصل الإيجاب والقبول ، ونظر الوصي والمالك أمر جرت إليه الأحكام . انتهى كلام ابن راشد .

الثَّانِي : الْعَاقِدُ ، وَشَرْطُهُ : التَّمْيِيزُ ، وَقِيلَ : إلا السَّكْرَانَ .

أي : الركن الثاني : العاقد ، ويعني به : البائع والمشتري . وشرطه التمييز ؛ أي : شرط صحة بيع العاقد وشرائه أن يكون مميزاً ، فلا ينعقد بيع غير المميز ولا شراؤه لصغر ، أو جنون ، أو إغماء ، أو سكر، ولا إشكال في الصبي ، والمجنون ، والمغمى عليه .

وأما السكران فهو مقتضى ما ذكره ابن شعبان وغيره ، فإنه قال : ومن الغرر بيع السكران وابتياعه إذا كان سكره متيقناً ، ويحلف بالله مع ذلك ما عقل حين فعل ، ثم لا يجوز ذلك عليه، وظاهره أنه لا ينعقد ؛ لأنه جعله من الغرر .

والذي ذكره صاحب «البيان»[1] ، وصاحب «الإكمال»[2] : أن مذهب مالك وعامة أصحابه: أنه لا تلزمه عقوده ، حتى تأول ابن رشد قول مالك في «العتبية»[3] في نكاحه: لا أراه جائزا ، على أن معناه : لا أراه لازماً لا أنه فاسد .

وقال في موضع آخر : لا يقال في بيع السكران بيع فاسد ، وأن مذهب مالك : أنه غير منعقد ؛ وإنما يقال : إنه غير لازم، وإنما لم يصح بيع السكران أو لم يلزمه ؛ لأنا لو فتحنا هذا الباب مع شدة حرص الناس على أخذ ما بيده وكثرة وقوع البيع ، لأدى إلى أن لا يبقى له شيء ، بخلاف طلاقه وقتله وغير ذلك مما يتعلق به الحق لغيره ، فإنا لو نعتبره لتساكر الناس ليتلفوا أموال الناس وأرواحهم .

---

(١) «البيان والتحصيل» (٤/ ٢٥٧) .

(٢) «الإكمال» (٥/ ١٢٩) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٤/ ٢٥٩) .

والشاذ لابن نافع : يلزم بيعه كطلاقه، قال في «الجواهر»[1] : والجمهور على خلافه، وإليه أشار بقوله :(**وَقِيلَ : إلا السَّكْرَانَ**) أي: وقيل : يشترط التمييز ، إلا أن يكون العاقد سكراناً فلا يشترط فيه التمييز .

وجعل المصنف الخلاف في السكران الذي لا يميز ، وكذلك ذكر ابن شعبان والقاضي عياض ، وعليه فلا خلاف في لزوم البيع لغير الطافح ، وطريقة ابن رشد بالعكس، وقد تقدم ذلك في الطلاق .

وَالتَّكْلِيفُ شَرْطُ اللُّزُومِ .

يعني : شرط لزوم البيع أن يصدر من مكلف ؛ وأما لو صدر من صبي فلوليه إمضاؤه ورده ، ولا يلزم كل مكلف ؛ إذ قد يقوم به مانع كالسفه وغيره ممن حجر عليه ، هذا هو الظاهر هنا .

وقال ابن راشد : عبر بالتكليف عن الرشد والطوع ؛ لأن السفيه لا يلزمه بل لوليه أن يفسخه ، وكذلك من أجبر على البيع لا يلزمه البيع ؛ أعني : إذا أجبر جبراً حراماً .

ابن سحنون : وأجمع أصحابنا على أن بيع المكره غير لازم .

واحترزنا بقولنا : جبراً حراماً، عن المجبر جبراً شرعيا؛ كجبر القاضي المديان على البيع للغرماء ، وجبر العمال على بيع أموالهم ، فإنه جائز ويلزمه البيع ، سواء كان السلطان يرد المال على من كان أخذه منه أو يأخذه لنفسه، كالمضغوط في دين لزمه ؛ لأن إغرام الوالي العمال ما أخذوه من الناس حقٌّ فعله الوالي وعليه أن يرده إلى أهله ؛ فإذا حبسه فهو ظالم في حبسه ، نقله ابن حبيب عن مطرف ، وابن عبد الحكم ، وأصبغ .

خليل : وما ذكره من أن المكره غير مكلف صحيح ؛ لأن أهل الأصول نصوا على أن الإكراه الملجئ يمنع التكليف، وأما السفيه فلقائل أن يقول: لا نسلم أنه ليس مكلفاً بالبيع ، فإن قيل : لو كان مكلفاً به لزمه البيع ، قيل : يحتمل ، ولو قلنا : إنه مكلف بالبيع أن لا نقول بإمضائه للحجر عليه فتأمله .

ولا إشكال في عدم لزوم البيع لمن أجبر جبراً حراماً ، فقد نص ابن القاسم على أن الذي يضغط في الخراج فيبيع متاعه ، أنه يرد متاعه بلا ثمن إذا كان بيعه إياه على عذاب ؛

---

(١) «الجواهر» (٢/٣٢٨) .

أو ما أشبه ذلك من الشدة ، قال : لأن أخذ الثمن على ذلك ليس بأخذ .

ابن راشد : وسئل اللخمي عن شاب مراهق أو بالغ نسب إليه أنه جنى جناية فسجنه السلطان وهو يتيم كفله بعض أقاربه ، فكفله السلطان أن يغرم مالا ويخرجه من السجن ، فلم يقدر اليتيم على الخلاص من هذا المال بوجه ، فباع شيئاً من رباعه بعد خروجه من السجن ليؤدي من ثمنه ذلك المال ، وكان هذا الفعل على وجه النظر له ؛ لأنه يبقى عليه لو لم يجب إلى غرم بعض ذلك المال أن ينفيه من البلد ، أو يأخذ بعض رباعه فيه ، أو يأخذها كلها ، أو لا يخرجه من البلد وإنما يسجنه بالضرب والعذاب، فقال : إذا كان الأمر على ما وصفت فبيع ماض ، ويغلب على ظني أني رأيت للسيوري نحو ذلك، وقال: المشتري من المضغوط مأجور ؛ لأنه يخلصه من العذاب .

ابن رشد(١) : والمذهب على خلاف ذلك ، فقد تقدم قول ابن القاسم في ذلك .

وقال مطرف : سمعت مالكا يقول، في أهل الذمة يضغطون فيما يعتدى عليهم في جزيتهم حتى يلجؤوا إلى بيع متاعهم في ذلك: لا يجوز عليهم ؛ وهم أولى بما باعوه أن يأخذوه بلا ثمن ويتبع المشتري بالثمن ذلك الظالم .

مطرف : وكذلك في بيع المسلم المضغوط ؛ لأنه أعظم حرمة ولأنه بيع إكراه ؛ والمكره لا يلزمه بيع ما أكره عليه .

ابن حبيب: وقاله ابن عبد الحكم وأصبغ؛ وقالا : هو قول ابن القاسم وروايته عن مالك .

مطرف : وسواء دفع المبتاع الثمن للمضغوط ودفعه المضغوط إلى الظالم الذي يضغطه وقبضه الظالم من المبتاع ، فللبائع أخذ متاعه إذا ظفر به بيد مبتاعه منه ؛ أو بيد من ابتاعه منه ، ويرجع به على من ابتاعه منه ويرجع هو على الظالم، قال : ولو قبضه منه وكيل الظالم فللمبتاع أن يرجع على الوكيل إن شاء ، أو على الظالم إذا ثبت أنه أدى المال إليه ، أو ثبت أنه أوصى الوكيل بقبضه ، وكلاهما ضامن ما خرج به ، ولو وجد المضغوط متاعه قد فات ، فله الرجوع بقيمته أو بثمنه الذي بيع به إن كان الثمن أكثر ، إن شاء على الوكيل ، وإن شاء على الموكل، وقال ابن عبد الحكم ، وأصبغ مثل ذلك .

---

(١) «البيان والتحصيل» (٩/ ٣٣٥) .

مطرف : ولا قول للوكيل إن قال : كنت مكرهاً على القبض وخفت منه على نفسي إن لم أفعل ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « **لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق** »(١) .

ولو باع متاعه في مظلمة ثم لا يدري هل وصل ذلك الثمن إلى الظالم أم لا ؟ نظر ، فإن كان ظلمه له وعداه عليه وقهره له معلوماً حين باع متاعه ، فيحمل على أن الثمن وصل للظالم حتى يتحقق أن المضغوط صرفه في مصالحه ، فلا يصل حينئذ إلى أخذ متاعه إلا بدفع الثمن ، وسواء علم المبتاع بأن ما اشتراه للمضغوط أو لم يعلم .

قيل لمطرف: إنهم يخرجون عندنا بغير كبل فيطوفون لبيع متاعهم، فإذا أمسوا ردوا إلى السجن، وقد وكل بهم حراس أو أخذ عليهم حميل والمشتري لا يعلم ذلك أو يعلم، ومنهم من هو في كبل أو عذاب، ومنهم هارب قد أخذ متاعه فباع أو قد أمر بعض أهله ببيعه .

قال : كل ذلك سواء وهو إكراه ؛ لأنه أسير مغلوب فلا يبالي بعلم المبتاع أو جهله إلا أن من علم مأثوم ، وقاله ابن عبد الحكم وأصبغ ، قالوا : وسواء كان عنده عين فتركها وباع خشية أن يزاد عليه أو لم تكن .

مطرف : ومن كان عالماً بحال المضغوط فاشترى شيئاً من متاعه فهو ضامن كالغاصب، وأما من لم يعلم فيشتري في السوق فلا يضمن الدور والحيوان ويضمن ما انتفع به بأكل أو لبس والغلة له ، وأما العالم فلا غلة فيه وهو لها ضامن .

قال : وكل ما أحدث المبتاع فيه من عتق أو تدبير فلا يلزم المضغوط ، وله أخذ رقيقه من المبتاع سواء علم بحاله أو لم يعلم ، وقاله ابن عبد الحكم وأصبغ .

ولو أعطى المضغوط حميلاً فتغيب فأخذ المال من الحميل لم يرجع الحميل عليه بشيء، ولو أخذ ما أضغط به من رجل سلفاً ، فقال أصبغ : يرجع عليه بما أسلفه ؛ لأن السلف معروف، قال فضل بن سلمة : وعلى أصلها فيرجع الحميل ؛ لأن الحمالة معروف، ولو باع ولد المضغوط أو زوجته متاع نفسه برسم فدائه فالبيع لازم ؛ لأن هؤلاء الناس لم يضغطوا ، ولو لم يبيعوا متاعهم لم يطلبوا ، قاله مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ.

(١) أخرجه الطبراني في الكبير (١٨/ ١٧٠) حديث (٣٨١)، والقضاعي في مسند الشهاب (٨٧٣) من حديث عمران بن حصين ـ رضي الله عنه ـ .
وصححه الألباني ـ رحمه الله ـ .

حكى جميع ذلك ابن أبي زيد في «نوادره» ما عدا ما ذكرناه عن اللخمي والسيوري انتهى كلام ابن راشد .

وَالإِسْلامُ : شَرْطُ الْمُصْحَفِ وَالْمُسْلِمِ وَفِيهَا : يَصِحُّ ، وَيُجْبَرُ عَلَى بَيْعِه .

في هذا الكلام حذف مضافين ؛ أي : شرط جواز شراء المصحف والمسلم ؛ وهذا متفق عليه ، فليس الذي في «المدونة» خلافاً .

ويحتمل أن يكون التقدير : شرط صحة شراء المصحف والمسلم ؛ ويدل عليه مقابلته له بما في «المدونة». ويكون المصنف قدم الأول ؛ إما لأنه قول سحنون وأكثر أصحاب مالك ، وإما لأصحيته بحسب الدليل، قال الله تعالى : ﴿**وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً**﴾ [النساء :١٤١] وهو في معنى النهي ؛ والمذهب أن النهي يدل على الفساد، والاحتمال الثاني أقرب إلى لفظه .

ويرجح الأول : بأن الغالب أن المصنف لا يرجح غير ما في «المدونة» .

وصرح المازري بمشهورية ما في «المدونة» ؛ لأن الفساد يندفع ببيعه ، والشاذ لمالك في «الواضحة»؛ قال : ويعاقبان ، وينبغي أيضاً على مذهب «المدونة» أن يعاقب .

اللخمي : وأصل سحنون في كل بيع حرام أن البيع غير منعقد ، وهو بعد القبض على ملك البائع .

ووقع لمالك في «مختصر ما ليس في المختصر» مثل ما تقدم له في «الواضحة»: أنه يفسخ لو باعه لمسلم وتداولته الأيدي ويترادون الأثمان ، فإن هلك عند النصراني ولم يبعه كانت عليه القيمة .

اللخمي : ومحمل قوله في رد البياعات أن ذلك عقوبة لئلا يعود لمثل ذلك ، ولو كان البيع عنده لا ينعقد كما قال سحنون: لم يضمن قيمته .

ورده ابن عبد السلام: بأنه لا مانع من عدم انعقاده مع تعلق الضمان بمشتريه إذا قبضه؛ لأنه قبضه لحق نفسه قبضاً غير شرعي .

وقيد ابن رشد الخلاف: بأن يكون البائع عالماً بأن المشتري نصراني ، قال : ولو باعه من نصراني وهو يظنه مسلماً لبيع عليه ولم ينفسخ اتفاقاً .

وعورض مذهب «المدونة» هنا بما في كتاب المديان فيمن له دين على رجل فباعه من

عدوه المديان أنه يفسخ، ولم يقل : يباع على مشـتريه، والجامع انتقال الملك إلى العدو في المحلين .

وأجـــيب : بأن الدين يتعذر بـيعه غالباً بخـلاف المسلم والمصحف ، ويلحق بالمسلم والمصحف بيع آلة الحـرب للحربي ؛ وبيع الدار لمن يتخذها كنيـسة ، والخشبة لمـن يجعلها صليباً ، ونحو ذلك، والإسلام شرط مختص بالمشتري اتفاقاً دون البائع .

وَلَهُ الْعِتْقُ وَالصَّدَقَةُ وَالْهِبَةُ .

وإذا قلنا بمذهب «المدونة» : أو أسلم العـبد ؛ فـالغرض خروجـه عن ملكه ، فله أن يعتقه ويتصدق به ويهبه . وظاهره لو كانت الهبة لمن يعتصر منه ؛ كما لو وهبت النصرانية المسلم لولدها الصغير من زوج مسلم ، وهو قول ابن الكاتب ، وأبي بكر بن عبد الرحمن خلافاً لابن شاس .

المـازري : بناء على أن من ملك أن يملك ، هل يعد مـالكاً أم لا ؟ واختار ابن يونس الجواز، واحـتج المانع بما في «المدونة» فيمن مـلك أختين فوطئ إحـداهما لا يحل له وطء الأخرى حتى يحرم الأولى ؛ ولا تكفيه هبتها لولده الصغير ؛ لقدرته على الاعتصار .

وأجاب ابن يونس: بأن مالك الأختين مسلم فجاز له الاعتصار ، بخلاف النصرانية لا يجوز لها أن تعتصر العبد المسلم ، كمـا لا يجوز لها أن تشتريه، قال : فإن وقع الاعتصار منها بيع عليها . ويجب على قول غير ابن القاسم أن ينقض اعتصارها .

فرع :

لو وهب النصراني العـبد المسلم للثـواب فلم يثبه فله أخـذه ليباع عليـه ، فإن وهب مسلم أو نصراني عبداً مسلماً لنصراني أو تصدق به عليه ، جاز ذلك وبيع عليه والثمن له.

بِخِلافِ الرَّهْنِ وَيَأْتِي بِرَهْنٍ ثِقَةٍ ، وَقِيلَ : بَلْ يُعَجِّلُ .

أي : أن العبـد المشتري على مذهب «المدونة» ، وكـذلك العبد إذا أسلم ليس للسـيد الكافر رهنه لكونه باقياً على ملكه ، وحذف المعطوف عليه ؛ أي : فيباع العبد ويأتي برهن ثقة، وحذف الشرط ؛ أي : إن أراد الكافر أخذ الثمن ، وإلا فلو عجله في الدين لكان له ذلك ، وهذا هو مذهب «المدونة» .

وقيـده بعض القرويين بما إذا انعقـد البيع على رهن مطلق ، وأما إن رهنه هذا العـبد

بعينه ليبيع عليه وحل حقه ولم يكن له أن يأتي فرهن آخر .

ابن يونس : وعاب بعض أصحابنا هذا القول وهو جيد .

وقيل : بل يعجل الثمن للمرتهن ، وإن أتى الراهن برهن ثقة، ونسبه اللخمي ، وابن شاس ، وابن راشد لسحنون .

وحكى ابن يونس عن سحنون: أن ثمن العبـد يبقى تحت يد المرتهن ولا يعجل له ولا يلزمه قبول رهن آخر ؛ لأنه قد تحول أسواقه عند الأجل .

وعورض قول ابن القاسم هنا : أنه لا يـلزمه تعجيل الثمن ، بقوله فيـمن أعتق العبد الرهن أنه يعجل الثمن ، وإنما يأتي على قول عبد الملك : إن له أن يأتي برهن آخر .

وأجاب ابن محرز: بأن المرتهن كان عالماً بإسلام العبد فرهنه على ذلك فكان النصراني متعدياً في رهنه لحق العبـد دون حق المرتهن ، فلذلك كان له أن يأتي برهن آخر ، بخلاف الراهن يعتق الرهن فإنه تعدى على المرتهن .

خـليـل : ولو قيل : إذا ارتهنه منه مسلم وهو عالـم بإسلام العبد بطل الرهن لكان له وجه ؛ لأنه دخل على رهن لا يجوز .

وجعل اللخمي محل الخلاف إذا كـان الإسلام قبل الرهن ، وأما إن أسلم بعد الرهن لم يعجل ثمنه إذا أتى برهن مكانه .

وَفِي رَدِّهِ عَلَيْـهِ بِعَيْبٍ أَوِ الأَرْشِ قَـوْلانِ لابْنِ الْقَـاسِمِ وَأَشْهَبَ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ فَـسْخٌ أَوِ ابْتِدَاءٌ...

أي : وفي رد العـبد المسلم على الكافـر بسبب عـيب كان في ملكه أو تعـيين الأرش قولان، والمبنى الذي ذكره ظاهر ، فإن قلنا: أنه فـسخ جاز رده ، وهو قول ابن القاسم ، والقول الآخر لأشهب وابن الماجشون ، واختاره ابن حبيب .

وَلَوْ كَانَ الْخِيَارُ لِبَائِعٍ مُسْلِمٍ فَـفِي منع إِمْضَائِهِ قَوْلانِ لابن القـاسم وأشهب ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ ابْتِدَاءٌ أَوْ تَقْرِيرٌ...

أي : لو باع مسلم عـبداً كافراً لكافر على أن الخـيار للبائع ، ثم أسلم العـبد في مدة الخيـار فهل يمنع المسلم من إمـضاء البـيع أو لا ؟ قولان ؛ منشـأهما هل بيع الخيـار منحل

فيمنع؛ لأنه كابتداء بيع ، أو منبرم فيجوز ؟

والظاهر : المنع ؛ لأن المعروف من المذهب انحلاله ، والظاهر المنع إن قلنا : إنه منبرم، إذ لا فرق بين ما بيد المسلم ورفع تقريره ، وبين ابتداء بيـعه بجامع تملك الكافر للمسلم في الوجهين .

وظاهره : أن القولين منصوصان ، وإنما ذكرهما المازري تخريجاً على الخلاف في بيع الخيار .

وقـوله : (لِبَـائِعٍ) منـون ، و(مُـسْلِمٍ) صفة له ، ولا يجـوز أن يقرأ بائع مسلم بالإضافة؛ لأنه يقتضي أن العبد مسلم ويبقى البائع أعم ، وليس كذلك .

وتقييده الخيار بالبائع يقتضي أن الحكم بخلاف ذلك إذا كان الخيار للمشتري ، كما لو باع النصراني عـبداً للنصراني على أن الخـيار للمشـتري فأسلم العـبد ؛ فإن كان المشـتري نصرانيـا استعجل اسـتعلام ما عنده من رد أو إمـضاء ولم يمهل إلى تمام مدة الخيـار ؛ لئلا يدوم ملك الكافر للمسلم، وإن كان المشتري مسلماً .

المازري : فظاهر «المدونة» أن المشتري يمهل إلى انقضاء أيام الخيار ، لتعلق حقه بالتأخير وهو مسلم ؛ ولا يبطله حق مسلم آخر ، وهو العبد الذي أسلم . انتهى .

أي : فإن رده بيع على ربه .

وفي ابن يونس: عن بعض أصـحابنا : إن كـان المتبـايعان كـافرين والخيـار إلى أجل تعجل، إذ لا بد من بيـعه فلا فـائدة في تركه إلى الأجل ، وإن كـان أحدهما مـسلماً لم يعجل الخيار ، إذ قد يصير للمسلم منهما .

فــرع : إذا أسلم العبد وسيده غائب وهو كافر، فـإن كان بعيد الغيبة باعه السلطان ، وإن كان قريب الغيبة كتب إليه ؛ لئلا يكون قد أسلم قبله ، قاله في «المدونة» .

فرع : قال المازري : وإذا أسلم عبد النصراني وجب بيعه عليه من مسلم ولا يؤخر إلا بحسب الإمكان، وهل يجوز له أن يبيعه على الخيار له ؟

فيه نظر ؛ لأن المبيـع على الخيار على ملك البائع وخراجه له ، أو يقـال : قد يحتاج إلى إثبات الخيار للاستقصاء في الثمن ، والعدول عن ذلك تضييق على الذمي ، ولا يدفع ضرر بإثبات ضرر .

وَفيهَا : الصَّغيرُ كَالْمُسْلِمِ ، وَقِيلَ : لا .

ظاهر هذا الكلام يقتضي أن الصغير الكافر لا يباع إلا من مسلم ، وأنه إن بيع من كافر أجبر على بيعه ، هذا هو حقيقة التشبيه والذي في «المدونة» .

قال ابن نافع عن مالك في المجوس : إذا مُلِكوا أجبروا على الإسلام ، ويمنع النصارى من شرائهم ومن شراء صغار الكتابيين ، ولا يمنعون من كبار الكتابيين ، فلم يتعرض إلا للمنع ابتداء ، وأما إذا وقع فهل يجبر على بيعه ؟ لم يتعرض له ؛ ولهذا قال في «الجواهر»[1] : لما نقل عن «المدونة» منع البيع، قال في «العتبية» : فإن بيع منه فسخ البيع . قال الإمام : ويتخرج فيه على القول الآخر أنه يباع، فجعل فسخ البيع وصحته والجبر على البيع مفرعاً على ما في «المدونة» .

قال في «تهذيب الطالب»: قال مالك : وإذا بيع من النصارى من يجبر على الإسلام بيع عليهم ما اشتروا ، إلا أن يتدينوا بدينهم فيتركون ، عبد الحق : يعني مثل المجوس .

وتأول صاحب «التنبيهات» ما في «المدونة» من بيع الصغار الذين لا آباء لهم ؛ لأنهم إذا لم يكن لهم آباء فهم على دين من اشتراهم ، فإذا اشتراهم مسلم لا ينبغي له أن يبيعهم من كافر ، سواء وافق الصغير المشترى في الدين أو خالفه .

قال : وعلى هذا تأول المسألة بعض مشايخنا ، وتأولها بعضهم على الصغار الذين ليسوا على دين مشتريهم ، كصغار اليهود مع النصارى أو العكس ؛ للعداوة التي بينهم ، قال : وهو بعيد لتفريقه بين الصغار والكبار .

وقوله: **(وَقِيلَ : لا)**، هو قول ابن المواز، قال: لأنا لسنا على يقين من قبوله الإسلام.

وقوله في «المدونة»[2] : ولا يمنعون من كبارهم ، قال في «الجواهر»[3] : بشرط أن يسكن به في أرض الإسلام ، وأما إن كان يخرج به منع ، لما يخشى من إطلاعه أهل الكفر على عورة المسلمين .

وَفِي الْيَهُودِيِّ مَعَ النَّصْرَانِيِّ قَوْلانِ .

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٣١) .
(٢) «المدونة» (٣/ ٩٨) .
(٣) «الجواهر» (٢/ ٣٣١) .

أي : وفي حكم اليهودي مع النصراني يباع أحدهما من الآخر قولان :

أحـدهمـا : أن ذلك جائز ؛ لأن المالك يشفق على ملكه وليس فـيه حق لله تعالى ، وإن أداه أمكن تدارك حقه بالمنع أو البيع .

والثاني : عدم الجواز لما بينهما من العداوة .

والأول حكاه سحنون عن بعض أصحاب مالك ، وهو ظاهر قول مالك من رواية ابن نافع عنه في «المدونة» ، وقد تقدمت، ونسبه اللخمي ، والمازري ، وابن شاس[(١)] لابـن المواز.

والثاني لابن وهب ، وسحنون .

اللخمي : وهو أحسن ؛ للعداوة التي بينهم .

وَفِي الْكِتَابِيِّ يَشْتَرِي غَيْرَهُ ، ثَالِثُهَا : يُمْنَعُ فِي الصَّغِيرِ ، وَخَرجت عَلَى إِجْبَارِهِمْ .

يعني : أنه اختلف في جواز بيع المجوسي وغيره ممن لا كتاب لهم من كتابي على ثلاثة أقوال ، وهكذا حـكى المازري الثلاثة : الجواز مـطلقاً، قال وهو ظاهـر «المدونة» ، قال : وفيها ما علمته حراماً وغيره أحسن، قال : وأطلق الجواب في الصغير والكبير .

والمنع مطلقاً : وعزاه لابن عبد الحكم .

والثالث : الفرق ، الجواز في الكبار والمنع في الصغار ، وعزاه للعتبية[(٢)] .

وقيد صاحب "البيان"[(٣)] هذا الخلاف بالمجوسي المسبي الذي لا بصيرة له في دينه ، وأما الذي ثبت على دينه بين ظهراني المسلمين ؛ فلا خلاف أنه يجبر على الإسلام .

وقـوله : **(وَخَــرجت)** هذا التخـريج للمازري ، وهو تخريج توجيـه ؛ لأن الثلاثة منصوصة على ما تقدم ؛ أي : فعلى القول بإجبارهم مطلقاً يمنع من بيعهم للكفار مطلقاً ، وتصوره واضح .

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٣١) .
(٢) «البيان والتحصيل» (١٦/ ٤٣٨) .
(٣) «البيان والتحصيل» (١٦/ ٤٣٨) .

وذكر صاحب «البيان» (١) في باب الجنائز أنه لا خلاف في جبر الصغير من المجوس ، وقد قدمنا كلامه في باب الجنائز ، وهو يخالف ما ذكره المازري والمصنف من حكايتهما الخلاف مطلقاً ، ويمكن أن يحمل كلام المازري على ما إذا كان مع الصغير أبوه ، وكلام ابن رشد على ما إذا لم يكن فيتفق الكلامان، وفسر المازري واللخمي الإجبار هنا بالتهديد والضرب لا بالقتل، المازري : لأنه لم يتدين بدين الإسلام ثم ارتد عنه .

الثَّالِثُ : الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ طَاهِرٌ مُنْتَفَعٌ بِهِ مَقْدُورٌ عَلَى تَسْلِيمِهِ مَعْلُومٌ .

أي: الركن الثالث : المعقود عليه ؛ وهو الثمن والمثمون ، وشرط فيه أربعة شروط واحترز بكل شرط عما يقابله، فاحترز بالطاهر من النجس ، ولا يريد العموم في كل نجس بل ما نجاسته ذاتية أو كالذاتية، وأما إن كانت نجاسته عرضية فلا خلاف في عدم اعتبارها .

ثم أخذ ـ رحمه الله ـ يتكلم على الأول منها فالأول ، فقال :

وَفِيهَا : مَنْعُ بَيْعِ الْعَذِرَةِ ، وَرد ابْنُ الْقَاسِمِ مَنْعُ الزِّبْلِ مُخَرَّجاً .

هذا ما يتعلق بقوله (طَاهِرٌ) . وظاهر ما نسبه لـ«المدونة» التحريم كابن شاس، والذي فيها : وكره مالك بيع العذرة، قيل لابن القاسم : فما قول مالك في زبل الدواب ؟ قال: لم أسمع منه فيه شيئاً إلا أنه عنده نجس ، وإنما كره العذرة لأنها نجسة فكذلك الزبل أيضاً، ولا أرى أن ببيعه بأساً، قال أشهب في زبل الدواب : والمبتاع أعذر من البائع، فانظر كيف عبر بالكراهة في موضعين ، نعم عبر أبو عمران وعياض عن مالك بـ (لا يجوز) وهو موافق للمصنف ، ولعل الذي حملهم على ذلك التعليل بالنجاسة .

ونقل اللخمي عن أشهب في تمام كلامه الذي في «المدونة» : وأما العذرة فلا خير فيها، ونقل عنه أيضاً أنه قال في «الموازية» : بيعها للاضطرار والعذر جائز والمشتري أعذرهما.

وقال محمد بن عبد الحكم : وما عذر الله واحد منهما وأمرهما في الإثم واحد .

ويجوز أن يبيع العذرة ، قاله ابن الماجشون، وأجرى اللخمي قولاً لابن القاسم بجواز بيع العذرة من إجازته بيع الزبل .

---

(١) «البيان والتحصيل» (٢/ ٢١٤) .

وأنكر ذلك عليـه ابن بشيـر وزعم أنه تخـريج في الأصول من الفـروع، وهو عكس القواعد .

وما قاله اللخـمي هو الظاهر ؛ لأنه لا مانع لبيع كل منهما غيـر النجاسة ، وإذا سلم اتحاد العلة وجب وجود الحكم معها حيث وجدت .

وما فرق به أبو عمران من أن نجاسة الزبل مختلف فـيها ونجاسة العذرة متفق عليها ، مبني على مراعاة الخلاف والأصل عدمه ، وهذا القدر لا يوجب تخطئة الأئمة على أن هذا الفرق لا ينهض عند ابن القاسم ؛ لأنه لو نهض عنده لما ألزمه مالكاً منع بيع الزبل بالقياس على العذرة .

وَالزَّيْتُ النَّجِسُ يُمْنَعُ فِي الأَكْثَرِ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ لا يَطْهُرُ ، وَفِي وَقُودِهِ فِي غَيْرِ الْمَسْجِدِ وَعَمَلِهِ صَابُوناً قَوْلانِ ...

قول الأكثر مبني على عدم تطهيره ، وصرح المازري بمشهوريته ، ومقابله رواية وقعت لمالك وبها كان يفتي ابن اللباد .

وفيه قـول ثالث بجواز البيع لغـير المسلم ، وهو ضعيف ؛ لأن المسلم لا يبـيع ما لا يحل له ، وقد تقدم هذا الفرع في باب الطهارة .

والمشهور : أنه يستـصبح به في غير المساجد ويعمل صابوناً ، لكن تطهـر الثياب بعد ذلك بالمطلق ، ودل كلامه على منعه في المسجد اتفاقاً .

وَعِظَامُ الْمَيْتَةِ ، ثَالِثُهَا : يَجُوزُ فِي نَابِ الْفِيلِ .

الخلاف مبني على الخلاف في الطهارة ، **والمشهور** : أنه نجس فلا يباع .

والثاني : لابن وهب ؛ لأنه هو القائل بالطهارة .

والثـالث : نسبه في «الجواهر»[1] لمطرف وابن الماجشون ، ولا فـرق عندهما بين أن يغلي أو لا ؟

اللخـــمي : وناب الفيل كالقـرن يجري ما في القرن فيـه ، قال : وهو قرن منعكس وليست بأنيـاب ولا في الفم ، وأجرى الخلاف الذي في أطراف القـرون في الظفر إذا قطع من موضع لا يألم .

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٣٥) .

وللأبهري قول رابع : بالكراهة .

ولابن وهب خامس : بالجواز إذا غليت ، والمنع إذا لم تغل .

فـائدة : منع مالك في «العتبية»[١] الخبز المخبوز بروث الحمير ، ونصها : وسألته عن الطعام يوقد تحـته بأرواث الحمير أيؤكل أم لا ؟ فـقال لي : أما الخبز الذي ينضج فـيه فلا يؤكل ، وأما ما طبخ في القدور فأكله خفيف وهو يكره بدءاً ، وقال سحنون مثله .

وعلل ذلك في «البيان» بأن ما في القدور لا يصل إليه من عين النجاسة شيء من أجل الحائل الذي بينه وبينه وإنما يكره من أجل دخان الروث ؛ لما فـي ذلك من الشبهة من أجل من يقول : إن الدخان نجس وإن لم يكن عندنا نجس .

ابن القاسم : ولا أرى أن يوقد بعظام الميتة في الحمامات ، ولا أرى به بأساً أن يخلص بها الفضة .

وقال في «المدونة»[٢] : لا يطبخ بعظام الميتة أو يسخن بها الماء لوضوء أو عجين ، ولا بأس أن يوقد بها على طوب أو حجارة .

عـيـاض : وظاهره جواز الانتفاع بعظام الميتـة ، بخلاف ما في «الموازية» أنه لا يحمل الميتة إلى كلابه .

وقيل : لعله تكلم بعد الوقوع لا في الجواز ابتداء .

وقيل : لعله وجدها مجتمعة وأطلق النار فيها ، فكانت كسوق الكلاب للميتة ، وهو بعيد ؛ لأن طبخ الجير لا يتصور إلا بترتيب وعمل ، وظاهر المسألة استعمال الطوب والجير في كل شيء ؛ لأنه وإن باشر النجاسـة أو داخله من رطوبتها شيء فقـد أذهبت النار عينها وأثرها، وكذلك ما طبخ من الفـخار بها ، بخلاف ما ينعكس فيـه دخانه من الطعام ، أو يلاقيه من رطوبة الشواء والخـبز ، وإن كان أبو جعفر الأبهري حـكى عن مالك في الفخار يطبخ بالنجاسة : أنه لا يجوز استعماله وإن غسل ، وهو قول القابسي وغيره .

وقـال ابن شـبلون : لا تستعمل إلا بعد غسلها وتغليـة الماء فيها كقدور المجوس وهو الصواب عندي ، بل هي أخف ؛ لأن الدهـنية التي دخلت قدور المجـوس باقية بخلافـها

---

(١) «البيان والتحصيل» (١/ ٩٥) .

(٢) «المدونة» (٣/ ٩٩) .

هنا ؛ لأن الدهنية قد أكلتها النار فلم يبق لها عين ولا أثر . انتهى بمعناه .

وقال شيخنا ـ رحمه الله ـ : ينبغي أن يرخص في الخبز بالزبل في زماننا بمصر ؛ لعموم البلوى به ، وأن يراعى فيه قول من رأى أن النار تطهر ، وأن النجاسة إذا صارت رماداً طهرت ، ولنا قول بطهارة زبل الخيل ، وقول بكراهته منها ومن البغال والحمير ، فيخف الأمر مع مراعاة هذا الخلاف ، وإلا فيتعذر على الناس أمر معيشتهم غالباً ، والحمد لله على خلاف العلماء فإنه رحمة للناس .

وَفِيهَا : مَنْعُ جُلُودِ الْمَيْتَةِ وَإِنْ دُبِغَ ، وَقِيلَ : يَجُوزُ ، وَفِيهَا : جَوَازُ جِلْدِ السَّبُعِ الْمُذَكَّى وَإِنْ لَمْ يُدْبَغْ ، وَقِيلَ : لا يَجُوزُ...

القولان في جلد الميتة مبنيان على الطهارة وعدمها بالدباغ ، ومقابل المشهور لابن وهب : جواز البيع بعد الدبغ بشرط «البيان» ، وهو قول مالك في «المختصر».

ومقابل المشهور في جلد السبع لأشهب : مقيد بعدم الدبغ ، وأما إذا دبغ فيجوز . كذا نقله ابن عبد البر[1] عنه .

وفرق ابن حبيب بين العادية فيمنع ، وغير العادية كالهر والثعلب فيجوز بيعها والصلاة عليها ، بناء على أن الذكاة تتبعض .

وَفِي كَلْبِ الصَّيْدِ وَالسِّبَاعِ قَوْلانِ .

هذا راجع إلى القيد الثاني ، وهو قوله : منتفع به ، وكذا قال ابن راشد ؛ أي : وفي منع بيع الكلب أو جوازه ، والمشهور : المنع .

قال في «البيان»[2] : وهو المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك ، والجواز لابن كنانة وابن نافع وسحنون .

سحنون : أبيعه وأحج بثمنه وشهره بعضهم، وعن مالك ثالث : بالكراهة، وعن ابن القاسم : أفتي بجواز اشترائه ومنع بيعه ، حكاه ابن زرقون ، وحكى عنه ابن رشد وغيره كراهة بيعه .

---

(١) «الكافي» (٢/ ٣٥) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ٨٢) .

ولمالك في «المدونة»[١] : يجوز بيعه في الميراث والدين والمغانم ، ويكره بيعه للرجل ابتداء، وهذا الخلاف إنما هو في مبـاح الاتخاذ ، وأما غيره فلا خلاف في عـدم جواز بيعه وأن ثمنه لا يحل ، نقل ذلك في «البيان»[٢] .

وعلى المشـهور : فـروى أشهب : يفـسخ إلا أن يطول ، وحكى ابن عبـد الحكم : يفسخ وإن طال .

وقـوله : (وَالسِّبَاعِ) قـال بعض من تكلم على هـذا الموضع : أي وفي الكلب الذي يحرس الماشية من السباع وفي معناه كلب الزرع ، فإن اتخاذ الكلب لذلك جائز .

واختلف في بيعه كما ذكره المصنف ، ونقله الباجي وغيره .

وذكر المازري خلافاً في الكلب الذي يتخذ لحراسة الدور والقياصير والفنادق ، وللمنع ذهب ابن القصار .

وأجاز فـيه شيخنا ـ رحـمه الله ـ وجهاً آخـر ، وهو أن يريد بالسباع السـباع التي في معنى الكلب كـالفهد ونحوه ، وهو الـذي اقتصر عليـه ابن راشد ، فقال : يعني السـباع كالفهود ونحوها ، بناء على وجود المنفعة فيها ، أو كونها منفعة يسيرة فلا تقابل بالعوض.

وَيَجُوزُ بَيْعُ الْهِـرِّ وَالسِّبَاعِ لِتَذْكِـيَتِهَا لِجُلُودِهَا ، فَـإِذَا ذُكِّيَتْ بِيعَتْ جُلُودُهَا وَصُلِّي فِـيهَا وَعَلَيْهَا بِخِلافِ الْكَلْبِ مُطْلَقًا...

هذا معنى مـا في «المدونة» في كتاب الضـحايا ، وعلى القول : إن جلود السـباع لا تعمل فيها الذكاة لا يجوز البيع هنا ، واستشكل الجواز لوجهين:

أحدهما : لا يدري أيسلم الجلد أم لا ؟ وأجيب بأنه يحتاط له من لحم .

والثاني : لا يدري أرقيق أم غليظ ؟

وأجيب : بأنه مما يعلم بالعادة لا سيما القصابون .

ويؤخذ من هذه المسألة جواز بيع الجلد وهو على ظهـر الحيوان ؛ لأنه لما كان السبع لا يؤكل لحمه على المشهور ، فإذا بيع لجلده فكأن البائع لم يبع إلا جلده فقط .

---

(١) «المدونة» (٣/ ١٠٠) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ٧٠) .

وحصل في «البيان»[1] في بيع الجلد قبل الذبح ستة أقوال :

الأول : جواز .

والثاني : الكراهة ويمضي بالثمن .

والثالث : الكراهة ويفسخ ، إلا أن يذبح البائع الشاة فيمضي بالثمن .

والرابع : الكراهة ويفسخ ، إلا أن يقبضه المبتاع فيمضي بالثمن .

والخامس : يفسخ ، إلا أن يقبض المشتري الجلد ويفوت عنده فيمضي بالثمن .

والسادس : إن شراءه لا يجوز ويفسخ ، فإن فات عند المشتري صح بالقيمة .

وقوله : (**بِخِلَافِ الْكَلْبِ مُطْلَقاً**) ابن راشد : يعني أن الكلب غير المأذون في اتخاذه لا يجوز بيعه لمن يبقيه حياً أو يذكيه لأخذ جلده ؛ لوجود النهي عن بيعه وعن اتخاذه .

خليل : ويدخل في قوله : (مطلقاً) المأذون في اتخاذه .

وَلا يُبَاعُ مَنْ فِي السِّيَاقِ .

ابن عبد السلام : من هنا ابتدأ بالكلام على ما يتعلق بقوله : (منتفع به) وما تقدم أولى ؛ لأن المنافع إذا كانت ممنوعة شرعاً فهي كالمعدومة حساً، وهو الذي في «الجواهر»[2]؛ لأنه تكلم عن مسألة الكلب وما بعدها لما تكلم على قوله : (منتفع به) ولأنه لو كان كما قال ابن عبد السلام للزم أن يكون الكلام على الكلب داخلاً في مقابل قوله : (طاهر) وليس بجيد ؛ لأن الكلب عندنا طاهر .

وما ذكره المصنف خاص بالرقيق وما لا يؤكل لحمه ؛ لأنه من أكل المال بالباطل ، وأما مأكول اللحم فيباع ليذكى ؛ فيجوز بيعه لحصول المنفعة به ، قاله ابن عبد السلام .

وَيَجُوزُ بَيْعُ الْمَرِيضِ الْمَخُوفِ عَلَيْهِ وَالْحَامِلِ الْمُقَرَّبِ عَلَى الأَصَحِّ .

إن كان الحيوان مما يؤكل لحمه فيجوز بيعه ؛ لأن المنفعة به حاصلة في الحال ، وإن كان مما لا يؤكل لحمه والمرض خفيف فيجوز أيضاً ، وإن كان مخوفاً ، أو الحامل مقربا من الولادة ، فذكر المصنف أن الأصح الجواز وهو الأقرب .

---

(١) «البيان والتحصيل» (٧/ ٢٦٨) .

(٢) «الجواهر» (٢/ ٣٣٦) .

وأشار غـيره إلى أن الأصح المنع ؛ لأن الموت حينئذ كـثير ، بدليل منعـه ما زاد على الثلث، ولعل الخلاف خلاف في حال .

وَلا يُبَاعُ الطَّيْرُ فِي الْهَوَاءِ ، وَلا السَّمَكُ فِي الْمَاءِ ، وَلا الآبِقُ والشَّارِدُ ، وَالإِبِلُ الْمُهْمَلَةُ لاسْتِصْعَابِهَا...

هذا راجع إلى قوله : (مقدور على تسليمه) وتصوره ظاهر .

اللخــمي : وبيع الآبق فاسـد إن شرط أنه من المشتري ، أو على أنه من البـائع حتى يقبضه المشتري ، أو على أن طلبه على المشتري ، أو على البائع بشرط النقد، أو بغير النقد على أنه للمشتري بأي صفة وجد عليـها ، أو على أنه على صفة كذا ولا يدري متى يجده قريبا أو بعـيداً وإن كان البيع بغيـر نقد، وعلى أن طلبه على البائع، فإن وجـده على صفة كذا أو في وقت كذا أو ما يقارب ذلك جاز؛ لأنه لا يجوز فيما عقد على هذه الصفة.

وقد قال ابن القاسم فيمن قال : اعصر زيتونك فقد أخذت زيته كل رطل بدرهم وكان يختلف خروجه ، لا خير فيه إلا أن يشترط إن خرج جيداً ، أو أنه بالخيار ولا ينقد . وإن عرف مكانه وقبض عليه وسجن وعرفت حاله بعد وجوده ولا خصومة فيه وقرب موضعه، جاز العـقد والنقد ، وإن بعد جـاز العقد وحده ، وإن لم تعلم صـفته لم يجـز عقده ولا غيره، إلا أن يقول : إن وجد على ما كنت أعرفه ، أو على أنه إن كان الآن على صفة كذا فيجوز العقد ، أو يكون بالخيار فيجوز وإن لم يذكر صفة .

وفي «الاستذكار»[1] : تحصيل مذهب مالك في بيع الآبق أنه لا يجوز ، إلا أن يدعي مشتريه معرفته فيشتريه ويتواضعان الثمن ، فإن وجده على ما يعرفه قبضه ، وإلا رد الثمن وضمانه من البائع ، وإن كان الآبق عند المشتري فـإن علم البائع حاله جاز البيع ؛ لأنه قد يزيد وينقص.

مالك : وبيع العبد في إباقه فاسد وضمانه من بائعه ويفسخ وإن قبض .

وكلام ابن عبد البر مخالف لكلام اللخمي ، إذ مقتضاه أنه لا يجوز بيعه إذا كان طلبه على البائع بشرط أن يجده على صفة كذا ، أو على أنه بالخيار .

وقد صرح المازري وابن بشير : بأن ما قاله اللخمي اختيار له ، وما ذكره المصنف في

---

(١) «الاستذكار» (٦/ ٤٥٤) .

الإبل المهملة نحـوه في «العتبـية»[١] من رواية أصـبغ عن ابن القاسم : أنه لا يجـوز بيع الصعاب من الإبل وما لا يؤخذ إلا بالإزهاق ولا يعرف ما فيها من العيوب .

ابن القاسم : ولا يجوز بيع المهاري والفلاء الصغار بالبراءة ولا يعلم بها عيب أم لا .

قال أصبغ في «العتبية»[٢] : إن بيع الفلاء ونحوها بالبراءة جائز .

قال في «البيان»[٣] : قول أصبغ هو الصحيح .

المــازري : اختلف في تعليل المنع ؛ فمـنهم من أشار إلى أنه لا يمكن قبض الإبل إلا بالإزهاق ، ومنهم من أشار إلى كونهـا لا تعلم صفتها، ويمنع بيع طيـر الهواء وسمك الماء بشرط التعيين ، وأما مطلق السمك والطير فيجوز .

وَالْمَغصوبُ إِلا مِنْ غَاصِبِهِ .

هو معطوف على الطيـر، أي : ولا يباع المغصوب إلا من غـاصبه ؛ لأنه تحت يده ، وجعل ابن رشد[٤] وغيره بيع المغصوب من غير غاصبه على ثلاثة أوجه ؛ إن كان مقدوراً عليه مقراً بالغصب فهو جائز باتفاق .

وإن كان ممتنعاً من دفعه وهو ممن لا تأخذه الأحكام مقرا أو غيره لم يجز بيعه من غيره اتفاقاً .

وإن كـان منكراً وهو ممن تأخـذه الأحكام وعليه بـالغصب بينة فـقـولان ، بناءً على القولين في اشتراء ما فيه خصومة .

ابن رشد[٥] : والمشهور منهما المنع ؛ لأنه غرر .

وأما بيعه من غاصبه فجعله ابن رشد على ثلاثة أوجه :

الأول : أن يعلم أنه عازم على رده .

والثاني : أن يعلم أنه غير عازم على رده وإن طلبه ربه .

(١) «البيان والتحصيل» (٨/ ١٩) .
(٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢١) .
(٣) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٢) .
(٤) «البيان والتحصيل» (١٠/ ١٠٣) .
(٥) «البيان والتحصيل» (١٠/ ١٠٤) .

والثالث : أن يشكل أمره .

فالأول يجوز باتفـاق ، والثاني عكسه ، والثالث فيـه قولان، قال : وإلى هذا ترجع الروايات . انتهى .

وبالفساد قـال مطرف ، ورواه عن مالك ، وبذلك حكم القاضي ابن بشـير في جارية بقرطـبة لم يتم السلطان شـراءها حتى طحنت لصـاحبـها سـتة أشـهر بعد ردها إلـيه من الغاصب؛ لئـلا يكون بيع المضغوط ، والجواز هو ظاهر قـول مالك في «العتبـية» ، رواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب الغصب .

ابن عبد السلام : وأكثر نصوصهم أنه لا يجوز البيع للغاصب ، إلا بعد أن يقبضه ربه ويبقى بيده مدة طويلة حدهـا بعضهم بستة أشهر فأكثـر ، ورأى أن بائعه إذا باعه على غير ذلك فهو مضغوط ، أي : يبيعه ببخس مكرها استخلاصا لبعض حقه .

والذي في «المدونة» جواز ذلك .

خليل: وكذلك لا يجوز أيضا أن يـبيعه من غير الغاصب إذا كـان المشتري يقدر على خلاصه بجاهه ؛ لأنه يأخذه ببخس فيكون من أكل المال بالجاه.

تنبيه : قال في المدونة[1] : ولو باعها ربها من رجل غير الغاصب ممن رآها وعرفها كان نقضاً لبيع الغاصب .

أي : إذا اشتـراها شخص من الغـاصب غير العـالم ، وظاهره جواز بيـعها من غـير الغاصب ، وهو خـلاف ما ذكره المصنف ، إلا أن يـتأول على أن ربها لم يبـعها من غـير الغاصب إلا بعد تمكنه من أخذها ، ولهذا قـال الشيخ أبو الحسن : إن الشيوخ يقولون: إن معناها : إذا سلم من شراء ما فيه خصومة .

وَفِيـهَا : لَوْ بَاعَهُ الْغَـاصِبُ ثُمَّ وَرِثَهُ فَلَهُ نَقْضُهُ ، بِخِـلافِ مَا لَوِ اشْتَـرَاهُ مِنْ رَبِّهِ لِتَسَبُّـبِهِ ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : الْبَيْعُ تَامٌّ فِيهِمَا...

أي : إذا باعها الغـاصب ثم مات ربها وكان الغـاصب وارثه ، فله نقض ذلك البيع ؛ لأنه لما باع باع ما لم يـكن ملكاً له ـ وتصور كلامـه واضح ـ كأنه نسب المسـألة «للمدونة»

---

(١) «المدونة» (٤/ ١٧٦) .

لاستشكاله الفـرق بين الإرث والبيع ، إذ لا يبعد تخريج الـنقض في الشراء من الميراث ؛ لأنه إما تام فيهما أو منتقض فيهما ، والتسبب وعدمه وصف طردي لا كبير مناسبة له .

والضمير في (فِيهِمَا) عائد على مسألة الوارث والمشتري .

ابن عبد السلام : انظر لو اشترى الغاصب السلعة من ربها بأقل مما باعها به للأجنبي ، هل يكون له ما بين الثمنـين أو لا ؟ وقد قال محمد فـيمن تعدى على سلعة رجل فبـاعها بغير أمره ، ثم اشتراها بأقل ممـا باعها به للأجنبي ليس له ربح ؛ لأنه ربح ما لم يضمن . أو يفرق بينهما بأن الغاصب هنا كان ضامناً ، ولم يكن المتعدي في مسألة محمد ضامناً .

وَالْمَرْهُونُ يَقِفُ عَلَى رِضَا الْمُرْتَهِنِ .

أي : وبيع الراهن الشيء المرهون يصح ويقف لزومه على رضـا المرتهن ، يعني : بعد القبض والحوز ، وسيأتي الكلام على هذه المسألة في باب الرهن .

وَمِلْكُ الْغَيْرِ عَلَى مَالِكِهِ ، وَقِيلَ : لا يَصِحُّ .

وقع لفظ الغير ـ كما ترى ـ بـ (أل) وكذلك وقع في كلام جماعة من الأئمة ، وأنكر ذلك بعض أئمة العربية ، وقال : إنها لا تستـعمل إلا مضافة في اللفظ ، والتقدير : وبيع ملك غيره بغير إذنه يصح ويقف لزومه عـلى رضا مالكه ، وهو مذهب أحمد بن حنبل ، وتعرف هذه المسألة ببيع الفضولي .

ودليلنا : ما خـرجه التـرمذي عن أبي لبيـد لما رواه عن عروة البـارقي قال : دفع لي رسول الله ﷺ ديناراً لأشتري له شاة ، فاشتريت له شاتين ، فبعت إحداهما بدينار وجئت بالشاة والدينار إلى رسول الله ﷺ فذكر له ما كان من أمره ، فقال له : « **بارك الله لك في صفـقة يمينك** »(١) ، فكان يخرج بعد ذلك إلى الكوفة فيربح الربح العظيم ، فكان من أكثر أهل الكوفة مالاً .

عبد الحق (٢) : وأبو لبيد أثنى عليه أحمد ثناء حسنا ، وخرجه البخاري عن شبيب .

---

(١) أخـرجـه الترمـذي (١٢٥٨) ، وأحـمـد (١٩٣٨١) و(١٩٣٨٦) ، والدارقطني (٣/ ١٠) ، والطبـراني في «الكبـير» (١٧/ ١٦٠) حـديث (٤٢١) والبـيهـقي في «الكبـرى» (١١٣٩٧) وصححه الألباني ـ رحمه الله ـ .

(٢) «النكت والفروق» (٢/ ٣٢) .

وظاهر كلامه : أن البيع يصح ولو علم المشتري أنه لغير البائع ، وهو ظاهر المذهب .

وقال أشهب : لا يصح إذا علم المشتري بالتعدي .

ابن عبد السلام : وبعضهم قيد الخلاف بما إذا لم يكن المشتري عالماً بأنها ملك الغير ، وأما إن كان عالماً لم يصح البيع ، ومنهم من يرى أن لا فرق .

ومنهم من يقول : إنما يلزم هذا البيع للمشتري إذا كان المالك حاضراً أو قريب المكان، وأما إن كان بعيد المكان فلا يلزمه البيع ؛ لما يلحقه بسبب الصبر من الضرر .

وقوله: (**وقِيلَ : لا يَصِحُّ**) أي: ولو أمضاه مالكه، وحكي عن مالك ، وهو مذهب الشافعي .

وإن قـيل : لا يظهر لهذا الخلاف جدوى ؛ لأن البـيع على المشهور إنما يمضي برضا البائع ، وحينئذ فلا نسلم استناد البيع إلى العقد الأول بل إلى رضا المالك ، ولا سيما على المذهب في الاكتفاء بالمعاطاة .

فجوابه : أنه لو رضي المالك ولم يرض المشتري للزم على المشهور ، وهو واضح .

وَالعَبْـدُ الْجَانِي يَقِفُ عَلَى ذِي الْجِنَايَةِ فَيَـأْخُذُ الثَّمَنَ أَوِ العَبْـدَ ، وَلِلسَّيِّدِ أَوَ الْمُبْتَاعِ دَفْعُ الأَرْشِ ، وَفِي كَوْنِه عَيْبًا فِي الْخَطَأ قَوْلانِ...

يعـني : أن من باع عبده الجاني ؛ فإن إمضاء بيعه يقف على رضا ذي الجناية ، أي : المجني عليه ؛ لتعلق حقه بعين الجاني فجاز له أن يأخذه ، إلا أن يفتكه السيد ، وكذلك له أن يقتص منه إن كان في الجناية القصاص .

وقوله : (**فَيَأْخُذُ الثَّمَنَ**) أي :يأخذ المجني عليه إن شاء الثمن الذي باعه به سيده ، وإن شاء فسخ البيع وأخذ العبد ، وهذا إذا لم يدفع السيد ولا المبتاع أرض الجناية .

وحذف المصنف هذا الشرط ؛ للدلالة عليه بقوله : (**وَلِلسَّيِّدِ أَوَ الْمُبْتَاعِ دَفْعُ الأَرْشِ**) فـإن امتنع السـيد من دفـع الأرش وادعى عليه المجني عليـه أنه إنما باع لأنه رضي بحـمل الجناية؛ حلف ما أراد حملها ، فإن حلف خيـر المجني عليه بين إجازة البيع وأخذ الثمن ، وبين رد البيع ، قاله في «المدونة» (١).

---

(١) «المدونة» (٤/ ٥٧٦) .

وحيث دفع المبتاع الأرش، فإنه يرجع به على البائع ؛ إلا أن يكون الثمن أقل منه فلا يرجع إلا به .

وقـوله : (**وَفِي كَـوْنِهِ عَيْـبًا**) أي : إذا دفع السيد الأرش أو عفـا المجني عليه ، فهل يكون للمشتري مقال في رده بعيب الجناية ؟ إن كان عمداً فله القيام اتفاقاً ، وإن كان خطأ فقولان ، سببهما : هل ذلك عذر أم لا؟ إذ لا تؤمن منه العودة ، وهما في «المدونة»(١) ، ففيها : ولو افتكه البائع فللمبتاع رده بهذا العيب ، إلا أن يكون البائع بينه له فيلزمه البيع .

قال غيره : هذا في العمد ، وأما في الخطأ فلا وهو كعيب ذهب .

وحكاية المصنف القولين يدل على أن قول غيره ليس تقييداً لقول ابن القاسم ، وجعله في «النـكت»(٢) تقييداً ، قال في قول ابن القاسم : يريد به العـمد كما قال غيره ، فعلى هذا لا يختلف في الخطأ أنه ليس بعيب ، ولا في العمد أنه عيب .

وَفِيهَا : قَالَ ابْنُ دِينَارٍ : مَنْ حَلَفَ بِحُرِّيَّةِ عَبْدِه فَبَاعَهُ نُقِضَ الْبَيْعُ وَعُتِقَ .

أجمل في هذه المسألة إذ لم يبين هل كانت يمينه على بر أو حنث ، وابن دينار إنما قاله في الحنث ، ولو كان على بر لم ينقض البيع .

وصورة المسألة : إذا حلف ليضربن أمته مثلاً ضرباً يجوز له .

قال في «المدونة»(٣) : منع من البيع والوطء حتى يفعل ، فإن باعها نقض البيع .

والمشهور : يرد إلى ملكه ، فإن مات قبل الضرب عتقت عليه في ثلثه .

والشـاذ لابن دينار : أنه ينقض البيع وتعتق عليه ، قـال : ولا أنقض صفقة مسلم إلا إلى عتق ناجز وضعف ، فإنا ننقض البيع للكتابة والتدبير .

وأدخل المصنف هذه المسألة هنا لما كان البائع لا قدرة له على تسليم العبد لأجل يمينه .

وَفِيهَا : بَيْعُ عَمُودٍ عَلَيْهِ بِنَاءٌ لِلْبَائِعِ ، وَقَيَّدَهُ الْمَازِرِيُّ بِانْتِفَاءِ الإِضَاعَةِ وَبِأَمْنِ الْكَسْرِ

نسب هذه المسألة «للمدونة» لإشكالها ؛ لكونه أطلق جواز البيع .

---

(١) «المدونة» (٤/ ٥٧٦) .

(٢) «النكت والفروق» (٢/ ٣٢) .

(٣) «المدونة» (٢/ ٣٩٦) .

وقـولـه : (بَيْعُ عَـمُودٍ) أي : جواز بيع عمود عليه للبـائع بناء، وتقييد المازري لا بد منه، وقد سبقه اللخمي للتقيد بالقيدين المذكورين .

وقوله : (بِانتِفَاءِ الإِضَاعَةِ) أي : إضاعة المال ، فإن إضاعته لا تجوز ، كما إذا كان لا يقدر على إخراجه إلا بهدم الغرفة التي فوقه ؛ لأن ذلك من الفساد .

اللخمي : إلا أن يكون قد أضعف له في الثمن ، أو تكون الغرفة تحتاج إلى النقض ، أو كان عليه بناء يسير .

ولم يذكر المصنف من عليه النقض ، والمنصوص لمالك: أنه على البائع .

وذكر المازري عن بعض الأشياخ أنه استبعده ، قال : ولا وجه لاستبعاده .

وفي «المدونة»(١) : ولا بأس بشراء نصل سيف دون حليته وينقض البائع حليته .

ابن يـونس(٢) : ولو اشترى الحلية دون النصل لكان على المشتري ، كاشتراء الصوف على ظهور الغنم جزافا ، واشتراء التمر في رؤوس النخل جزافا .

وجعل اللخـمي نقض الحلية على البائع إذا باعهـا كما في بيعـه النصل ، قال : لأن على كل بائع أن يمكن من المبيع ، واختلف في هذا الأصل ، فقيل : فيمن باع صوفا على ظهور الغنم ، أو تمراً في رؤوس النخل على البائع ، وقيل : على المشتري .

وأشار المازري أيضـاً إلى هذا الإجراء ، قال: ولو باع شاة واسـتثنى جلدها ، فظاهر المذهب أن الذبح على المشتري .

اللخمي : وأرى أن يكون الذبح عليهما ؛ لأن التذكية منفعة لهما .

ثم يختلف هل تكون الأجرة عليهما على السـواء ، أو على قدر ما لكل واحد منهما ويكون السلخ على صاحب الجلد لأنه على اللحم ، فعلى من له الأعلى أن يزيله .

المـازري : وعندي أنه يختلف في السلخ ؛ فإن قلنا : إن المسـتثنى مشترى جرى على القولين في شراء صوف الغنم ، وإن قلنا : إنه مبقى على ملك البائع فالسلخ على البائع.

وَفِيهَا : بَيْعُ هَوَاءٍ فَوْقَ هَوَاءٍ وَيَبْنِي الْبَائِعُ الأَسْفَلَ وَقَيَّدَهُ بِوَصْفِ الْبِنَاءِ .

صورتـها : أن يقول له: بعني عشرة أذرع فوق سطحك ، فيـقول : وأنا محتاج أيضاً

---

(١) «المدونة» (٣/ ٢٦٥) .

(٢) «الجامع» (٨ / ٤٨٣).

إليها، فيقول له : فبعها لي فوق ما تبنيه، فيشترط في جواز ذلك وصف البناء الأسفل والأعلى ، وهل بآجر أو حجر إلى غير ذلك .

وظاهره : أن التقييد في هذه المسألة للمازري ، وبه صرح ابن شاس [١].

وهذا التقييد مذكور في «المدونة» في كتاب الغرر فلا حاجة إلى المازري ، على أنه يمكن أن يعود الضمير في كلام المصنف على مالك كما مشاه ابن عبد السلام .

فائدة :

قال علماؤنا : من ملك أرضاً أو بناءً ملك هواءها إلى أعلى ما يمكن ، واختلفوا هل يملك باطنها أو لا ، على قولين .

ورجح بعضهم الملك ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : «**من غصب قيد شبر طوقه الله من سبع أرضين**» . وفيه نظر .

وقال القرافي[٢] : ظاهر المذهب عدم الملك .

فرع :

وفرش السقف بالألواح على من شرط عليه ، وإن سكت عنه ؛ فقيل : على المبتاع لأنها أرضه ، وقيل : على البائع لأن السقف سقفه .

ابن القاسم : الموثق وهو الأصح ، قال : ولا يجوز للمبتاع بيع ما على سقفه إلا بإذن البائع ؛ لأن الثقل على حائطه .

وَفِيهَا : غَرْزُ جِذْعٍ فِي حَائِطٍ ، فَقَالَ : إِنْ ذَكَرَ مُدَّةً فَإِجَارَةٌ تَنْفَسِخُ بِانْهِدَامِهِ ، وَإِلا فَمَضْمُونٌ...

يعني : يجوز لك أن تشتري من غيرك قدر ما تضع عليه خشبة أو أكثر من جداره ، فإن ذكرت مدة فهو إجارة تنفسخ بانهدام الجدار ؛ لأنه قد هلك ما يستوفى منه المنفعة، وإن لم تتعين المدة فهو مضمون ، فعليه أن يعيده لتستوفي منفعتك ، كما على صاحب السفل لصاحب العلو .

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٤٠) .

(٢) «الذخيرة» (٥/ ١٥٥) .

وفاعل (قـال) عائد على المـازري ؛ لأنه هو الذي قيـد الكلام الذي نقله المصنف عن «المدونة» ، فلا يرد ما قاله ابن عبد السلام : إنه كلام حسن في إجرائه على المذهب .

وأما نسبته إلى «المدونة» فليس بصحيح ؛ لأنه فهم أن فاعل (قال) عائد على مالك .

وَالْجَهْلُ بِالـثَّمَنِ وَالْمَثْـمُونِ جُمْلَةً وَتَـفْصِيـلاً مُبْطِلٌ، كَزِنَةِ حَـجَرٍ مَـجْهُولٍ ، وَكَـتُرَابِ الصَّوَّاغِينَ...

هذا راجع إلى قوله : (مـعلوم)، وقوله : (**وَالْجَـهْلُ بِالثَّـمَنِ**) يحتـمل أن يريد بقدر الثمن ، ويحـتمل بشأنه ؛ ليندرج قـدره وصفتـه وعينه . ومراده بـ (الجـملة) مجمـوعه، وبـ(التفـصيل) أجـزاؤه، والصور المقـدرة بحسب الجـهل بالثمن والمثـمون والعلم بهـما أو بأحدهما أربع : مجهولان ، ومعلومان ، وأحـدهما مجهول ، والآخر معلوم، ولا يجوز منها إلا صورة واحدة وهي المعلومان .

وقوله : (**كَزِنَةِ حَجَرٍ مَجْهُولٍ**) يحتمل في الثمن ، ويحتمل في المثمون ، ولا إشكال في هذا في الحضر حيث لا تعدم الموازين .

ابن عبد السلام : وأما في البوادي ، فقد يتخرج الجواز فيه على البيع بمكيال لا يعرف المشتري قدره .

فإن قيل : الفرق أن الجهالة في الكيل هناك في جانب المشتري فقط ، وهنا في جانب البائع والمشتري معاً .

قيل : فلنا أن نفرض الجهالة هنا في جانب المشتري وحده .

(**وَكَتُرَابِ الصَّوَّاغِينَ**) لأنه لا يدري هل فيه شيء أم لا ، كثير أم قليل .

فرعٌ مرتبٌ :

فإن وقع بيع التراب فسخ ، وإن فات بذهاب عينه فقيمته يوم قبض على غرره إن كان على حاله ، وإن خلصه المشتري رده على المشهور .

وقال ابن أبي زيد القيرواني(١) : على المشتري قيمته على غرره .

وعلى المشهور فله أجر تخليصه .

(١) «النوادر والزيادات» (٦/ ٣٣٦) .

وأجرى الأشياخ ذلك على الخلاف فيمن اشترى أشـجاراً بوجه شبهة فسقى وعالج ثم ردت إلى ربها ، أو اشترى آبقاً فأنفق على رده نفقة ثم فسخ البيع ورد إلى ربه ، هل يرجع بالنفقة في جميع ذلك أم لا ؟

وأصل ذلك : أن النفقة إن كان لها عين قائمة رجع بها بلا خلاف ، وإن لم تكن لها عين قائمة ، فقال ابن القاسم : يرجع، وقيل : لا .

وصرح ابن بشـير بأن المشهور الرجـوع بنفقة الآبق ، حيث قلنا : إن المشـتري يرجع بأجرة عمله فزادت الأجرة على قيمة الخارج ، فهل يرجع بها ، أو إنما يرجع بها ما لم تزد على أجرة الخارج .

أجرى ذلك ابن محرز على القولين فيمن أنفق على الثمرة ، هل يرجع بجميع النفقة، أو إنما يرجع بها ما لم تزد على قيمة الثمرة .

واقتصر ابن يونس على أنه إنما يرجع بهـا بشرط ألا تزيد على الخارج، وعلى هذا فلا تكون له أجرة إذا لم يخرج شيئاً ، وعلى الأول تكون الأجرة في ذمة البائع .

بِخِلَافِ مَعَادِنِ الْفِضَّةِ ، وَفِي مَعَادِنِ الذَّهَبِ قَوْلَانِ .

أي : بخلاف تراب معادن الفضة فيجوز بيعه ؛ لأنه يحزر ما فيه من الفضة لقلة ترابه، والمشهور في معادن الذهب قولان : الجواز نص عليه المازري .

والشاذ لابن حمدون .

ومنشأ الخلاف فيه: خلاف في حال هل يمكن حزره كالفضة أو لا ؟

وروى ابن القاسم عن مالك : جواز قسمة تراب المعادن ، ومنع ذلك يحيى بن عمر.

وَكَرِطْلٍ مِنْ شَاةٍ قَبْلَ سَلْخِهَا عَلَى الأَشْهَرِ ، بِخِلَافِ بَيْعِهَا قَبْلَهُ .

هذا معطـوف على (كَزِنَةِ حَجَـرٍ) وكلما عطف هنـا بالكاف فهو ممـنوع ، إلا قوله : (وكذلك الدقيق) وكلما عطف بخلاف فـهو جائز ؛ يعني : أن بيع رطل لحم من شاة قبل سلخها لا يجـوز على الأشهر ؛ لأنه لا يدري على أي صفة يأخـذه ، وأما من أي موضع فلم يشترطوه في السلم .

وقـوله : (**بِخِلَافِ بَيْعِـهَا قَبْلَهُ**) أي : فيجوز بيع جميعـها قبل السلخ قياساً على بيع

الحي الذي لا يراد إلا للذبح ، ولأنه لما لم يقـصد شيئـاً معيناً خف الغرر في الجـميع ولم يخف في الرطل .

قـال في «البيـان»[١] : والأصل في هذا أن كل ما يدخل بالعقد في ضـمان المشتري فليس من بيع اللحم المغيب كالشاة المذبوحة ، ومـا لا يدخل في العقد في ضمانه كالرطل فهو يبيع اللحم المغيب .

قـال شيـخنا ـ رحمـه الله ـ : وقد يعكس لكثـرة الغرر في الجميع وخفـته في الرطل، واعترض ابن عبد السلام كلام المصنف بوجهين :

أحدهما : أن مقابل الأشهر قول أشهب بالكراهة لا الإباحة ، كما هو ظاهر كلامه .

وثانيهما : إن عنى بقبلية السلخ في الموضعين بعد الذبح فلا يصح ؛ لأن أشهب نص على أن ذلك قبل الذبح .

وإن عنى الأعم فيلزمـه أن ينسب لابن القاسم جواز بيع لحم شاة وهي حـية ؛ لقوله بخلاف بيعها قبله ، وهذا لا يوجد إلا في مسائل الاستثناء .

وأجيب عنهـما : بأن غير الأشهر حكاه ابن شعبان ، فقال : واختلف في بيع اللحم والبهيمـة قائمة على الحبس أو بعد ذبحها أو نحرها وقـبل الكشف عنها فكرهه أشهب في «المدونة» ، وإن حبسها وعرفها وشرع في الذبح جاز .

زاد أشهب في «الموازية» : وإن كان بعد يوم أو يومين فسخ .

فظاهر ما حكاه ابن شعبان : الجواز من غير كراهة كما ذكر المصنف .

وعن الثـاني: بأن مراده بقبلية السلخ الأعم، أي : قـبل الذبح وبعده، وقد ذكر ابن شعبان الخلاف مطلقا، ولا يلزم أن يحمل مقابل الأشهر على قول أشهب، ولو سلم حمله فلا فرق بين ما نص عليه وهو قبل الذبح؛ وبين ما سكت عنه وهو بعده وقبل السلخ.

وأما ما ألزمه أن ينسب لابن القاسم فهو مذهبه في «العتبية»[٢] من رواية عيسى عنه ، قال : وما لا ينتفع به إلا اللحم ، مثل الداجن كـدجاجة لا تبيض ، لا بأس أن تباع بما لا يستحيى من الطير على التحري .

---

(١) «البيان والتحصيل» (٨/ ٣١) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٧/ ١٨٩) .

واعـترض على المصنف بأن قـوله :(**وَكَـرِطْلٍ**) يقتضـي أنه مثال للمجهـول جملة وتفصيلا؛ لأنه عطف على ما قبله وليس كـذلك بل هو معلوم الجملة ، وإنما الجهل حصل في صفة اللحم ، قال : ويحتمل أن يكون إنما شبه في المنع خاصة .

وبِخِلاَفِ بَيْعِ الْحِنْطَةِ فِي السُّنْبُلِ وَالتِّبْنِ ، وَالزَّيْتِ فِي الزَّيْتُونِ عَلَى الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ .

أي : فيجوز لمعرفة الصفة بفرك بعض السنبل وتذرية بعض التبن عنه .

البـاجي[1] : ولا خلاف فـي الجواز ؛ أعني : إذا كـان على الكيل ، وهذا ظاهر إن اشترى من المجموع كيلاً معلوماً .

وأما إن اشترى الجميع على الكيل ، فيخرج على قول من منع بيع جميع الصبرة على أن كل قفيز بكذا هاهنا المنع ، بل أولى لعدم رؤية الجميع هنا .

أبو الحسن: أي : تأخر تمام دراسه وليس يعني تأخير المزروع، وقد اختصره ابن يونس : وإن كان مكثه في حصاده ودراسه وذروه إلى عشرة أيام أو خمسة عشر فهذا قريب.

وشرط في « المدونة» في جـواز الزيت: أن يكون خروجه لا يخـتلف، قال فيـها[2]: وإن اختلف لم يجز إلا أن يكون مخيراً فيه ولا يـنقده، ويكون عصره قريباً إلى عشرة أيام ونحوها .

بعض الأندلسيين : وينبغي أن يشترط الخيار لهما معاً ، وإلا لم يجز إذا كان يختلف.

وذهب اللخمي: إنه لا يلزم ، وهو ظاهر ما اختصر عليه المختصرون .

قال: فإن هذا من الباب الذي حكاه سحنون في كـتاب الغرر عن جل أصحاب مالك في البيع على أنه بالخـيار إذا رأى وهي المسألة بعـينها، وعلى ما ذكـر البغداديون أنه غـير جائز.

وقوله:(**عَلَى الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ**) أي: الكيل راجع إلى القمح ، والوزن راجع إلى الزيت، ولا يصح جعلهما للقمح والزيت، فإنه نص في «المدونة»[3] على منع بيع القمح بالوزن .

---

(١) «المنتقى » (٦/١٤٩) .

(٢) «المدونة» (٣/١٩٨) .

(٣) «المدونة» (٣/٣٦) .

اللخمي : ويجوز فيه الوزن بمصر ؛ لأن ذلك العادة عندهم في الدقيق يبيعونه وزناً ، ويسلمون القمح للطحان بالوزن .

وكذلك نص على جواز بيع الزيت بالكيل والوزن إذا كان العرف جارياً بذلك .

وعلى هذا فلا يبعد أن يعود قول المصنف على الكيل والوزن إلى كل واحد من القمح والزيت .

وَكَذَلِكَ الدَّقِيقُ قَبْلَ الطَّحْنِ عَلَى الأَشْهَرِ .

قال : (**وَكَذَلِكَ**) ولم يقل : وكالدقيق ؛ لئلا يتوهم عطفه على (كزيت) فيكون الأشهر فيه المنع وليس كذلك ، فإن الأشهر فيه الجواز .

ثم له حالتان ؛ تارة يقول : آخذ منك من دقيق هذا القمح صاعاً بكذا ، فهو في ضمان البائع حتى يوفيه مطحوناً .

وتارة يقول : أشتري منك هذا الصاع على أن تطحنه ، فإذا وفاه إياه حباً خرج من ضمانه ، وهو بيع وإجارة .

والمصنف إنما أراد الأول ، فوجه الأشهر : أن الطحن متقارب ، ورأي مقابله أنه مما يختلف ولا يدري كيف يخرج ، هل هو فاخر أو لا ؟

وَبِخِلَافِ صَاعٍ ، أَوْ كُلِّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ مِنْ صُبْرَةٍ مَعْلُومَةِ الصِّيعَانِ ، أَوْ مَجْهُولَتِهَا فِيهِمَا...

الضمير في فيهما عائد على الصورتين ؛ أي : صورة صاع ، وكل صاع .

أما مسألة : صاع بكذا، فلا إشكال فيها .

وأما مسألة : كل صاع بكذا ، فثلاثة أحوال ؛ إن قال : أشتريها كل صاع بكذا وهي معلومة الصيعان فلا إشكال أيضاً في جوازها .

وإن كانت مجهولة الصيعان فالمذهب أيضاً الجواز ، وحكى أبو عمران عن بعض أصحابنا الكراهة، ومنعها بعض الأئمة خارج المذهب .

وإن قال : أخذت منك منها كل صاع بكذا ، فاختلف الشيوخ في ذلك ـ سواء كان عدد صيعان الصبرة معلوماً أو مجهولاً ـ فمنهم من منعه ، ومنهم من أجازه .

واختــار ابن عبد الســلام المنع ، قال: لأن (من) هنا لا شك أنهـا للتبـعيض وهو يقل ويكثر .

ومال أيضاً المازري إليه ، بشرط أن يريد المتعاقدان بـ (من) التبعيض .

وأما إن أراد بيـان الجنس؛ والقصد أن يقـول: أبيعك هذه الصـبرة كل قفـيز بدرهم، فلا .

وقال ابـن راشد : إذا قال: أبيعك من هذه الصبرة حساب كل عشرة أقفزة بدينار ولم يبين ما باعه منها ، فقال القاضي أبو محمد : ما علمنا فيها نصا.

وقال بعض المعاصرين: البيع فاسد ، وهو قول الشافعي .

القــاضي : ويحتمل أن تكون (من) زائدة فيـحمل على ذلك ، وهو أولى من حمله على الفساد ، ويحتمل أن يلزمه البيع في مقدار ما علق البيع عليه ، وهو عشرة أقفزة على ما رواه عبد الملك فيمن قال : اكـتريت منك هذه الدار حساب كل شهر بكذا ، أن الإجارة تلزمه في شهر واحد .

فَإِنْ جُهِلَ التَّفْصِيلُ ، كَعَبْدَيْنِ لِرَجُلَيْنِ بِثَمَنٍ وَاحِدٍ ، فَقَوْلَانِ .

لما ذكر المجهول جملة وتفصيلاً ، والمجهول الجـملة المعلوم التفصيل كالصبرة ، أعقبه بالمجهول التفصيل المعلوم الجملة ومثله بالعبدين .

وكلامه يصدق على ثلاث صور : إذا كان لكل واحد منهما عبد، أو لأحدهما عبد لا شركة فيه والآخر مشترك، أو هما مشتركان بينهما على أجزاء متفاوتة .

وأشهر قولي ابن القاسم المنع ، قال في البيوع الفاسدة من «المدونة»[1] : لأنه لا يدري بما باع ، ثم قال : وأجازه أشهب وقد كان ابن القـاسم يجيزه ، فإن وقع على المشهور من قول ابن القاسم فسخ .

وإن فات ، ففي «الموازية» : يمضي بالثمن مفضوضا على القيم، وفي غير «الموازية» : أنه يمضي بالقيمة كالبيع الفاسد .

التونسي : وهو أشبه .

---

(١) «المدونة» (٣/ ٢٠٠) .

فإن قلت : كلامه معترض لأنه يصدق على ما إذا كانا مشتركين بينهما على السواء ، وهي جائزة اتفاقاً .

فالجواب : لا نسلم دخولها ؛ لأنه جعل العبدين مثالاً لمجهول التفصيل ، وإذا حصلت الشركة على السوية فالثمن معلوم التفصيل .

وقوله : (**بِثَمَنٍ وَاحِد**) ظاهره لو سمى لكل واحد ثمناً جاز ، وكذا قال ابن لبابة ، وأحسبهم يجيزون إن سميا لكل سلعة ثمناً ؛ كالمرأتين في النكاح .

وأشار غيره إلى أنهما إذا قوما أو دخلا على المساومة فلا يختلف في الجواز .

ابن عبد السلام : إن كان دخولهما على المساواة بعد التقويم فظاهر ، وإن كان باتفاقهما فقط لا يفيد ؛ لأن المذهب أن المتبايعين إذا سميا لكل سلعة ثمنا ثم طرأ عيب أو استحقاق لا يلتفت إلى تلك التسمية .

وأشار التونسي إلى أن هذا الخلاف إنما هو إذا علم المشتري بذلك ، وأما إذا لم يعلم وظهر أنهما شريكان في السلعتين جميعاً فإنه لا يفسخ البيع ؛ لأن الفساد من جهة أحد المتبايعين لا من جهتهما .

وقال المازري: إذا لم يعلم المشتري يجري ذلك على الخلاف في علم أحد المتبايعين بالفساد .

ولو قال المصنف : كشيئين مكان عبدين، لكان أصوب .

بِخِلَافِ سِلْعَةٍ وَخَمْرٍ عَلَى الأَصَحِّ .

أي : إذا اشتمل البيع على ما لا يجوز وما يجوز كما مثل به ، فالأصح بطلان الجميع وهو مذهب «المدونة» ؛ لأنه إذا بطل بعض الصفقة بطلت كلها .

وأشعر كلام المصنف بأن الأصح البطلان لذكره الخمر ، فإنه إنما يناسب الإبطال ، ومقابل الأصح إبطال الحرام وإمضاء الحلال بما يقابله ، ذكره ابن القصار تخريجاً .

المازري : وتعلق فيه بقول ابن القاسم فيمن اشترى شاتين فوجد إحداهما غير ذكية وهما متكافئتان ، يلزمه البيع في الذكية ، وهو صحيح إن كان مراد ابن القاسم أن العقد وقع والمتعاقدان عالمان بغير الذكية ، وأما إن لم يعلما فهذا مما اضطرب فيه المذهب ، هل

يفسخ العقد أو يمضي الحلال ويفسخ الحرام ، ويكون ما ظهر أنه حرام كالمستحق من الصفقة التي اعتقد أنها لبائعها ثم ظهر أن بعضها ليس له ، وكمن تزوجت على عبد ثم ظهر أنه حر ، وكمن باع خلاً ثم ظهر أنها خمر .

وَخَرَّجَ بعض المتأخرين الاختلاف من رواية ذكرها ابن عبد الرحمن بن زياد الأندلسي عن مالك أنه قال فيمن أسلم مائة دينار وقبض خمسين وتأخر خمسون : أنه يبطل السلم في مقدار ما تأخر .

وهذا أيضاً فيه نظر ، فإن التأخير بغير شرط لا يفسد السلم على أحد القولين ولو تأخر جميع رأس المال ، فيمكن أن يكون راعى هذا الاختلاف . انتهى .

وَعَلَى الصِّحَّةِ يُقَسَّطُ الثَّمَنُ فِيهِمَا

أي : إذا فرعنا على الصحة في هذا الفرع وفي الذي قبله ، فيقسط الثمن في المسألة الأولى على السلعتين ؛ ليأخذ كل بائع ما ينوب سلعته ، وقسط الثمن في المسألة الثانية ، فأخذ البائع منه ما قابل السلعة وبطل ما قابل الخمر .

فَإِنْ بَاعَ مِلْكَهُ وَمِلْكَ غَيْرِهِ فَرْدًّ وَكَانَ وَجهُ الصَّفْقَةِ فَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ

يعني : لو باع سلعتين إحداهما له والأخرى لغيره ، فهو في التي لغيره فضولي ، فإن أمضى غيره البيع لزم ذلك المشتري ولا مقال له ، وإن رد فكان المردود وجه الصفقة ، فإن المشتري يخير في التمسك بالباقي بما يخصه من الثمن أو رده ، وهذا قول ابن حبيب، والمشهور خلافه ؛ أنه إذا رد وجه الصفقة الانتقاض في الجميع وليس له التمسك بالباقي.

وَيَجُوزُ بَيْعُ الشَّاة وَاسْتِثْنَاءُ أَرْبَعَة أَرْطَال فَأَدْنَى ، وَإِلَيْه رَجع بَعْدَ مَنْعه ابْنُ الْقَاسِمِ ، وَسَنَّهُ أَشْهَبُ ، وَقَدْرُ الثُّلُث كَالصبْرَة وَالثَّمَرَة باتِّفَاق...

هذا يشبه المعلوم جملة والمجهول تفصيلاً ، لكن باعتبار الثمن ، وقد تقدم أنه لا يجوز بيع رطل من شاة قبل سلخها على الأشهر ، لكن أجاز مالك هذه على وجه الاستثناء بشرط اليسارة ، وإلى هذا رجع مالك بعد أن كان يمنعه .

ووجهه : أن المستثنى إما مشترى فلا يجوز ؛ لأنه شراء لحم مغيب، وإما مبقى فيكون ما عداه مشترى وهو مغيب ، ثم ذكر في حد اليسير ثلاثة أقوال .

ابن عبد السلام : والثلاثة أرطال رواها ابن المواز ، والذي في «المدونة» أربعة أرطال .

خليل : قد جاء في «المدونة» الثلاثة على رواية ابن وضاح كما ذكره المصنف ، وفي بعض الروايات جواز استثناء الثلث ، والذي نقله ابن يونس عن «الموازية» : جواز الخمسة والستة لا الثلاثة كما نقله ابن عبد السلام .

ابن راشد : واتفق على أن ما زاد على الثلث كثير .

ابن عبد السلام : وقيد الاتفاق راجع إلى الثمرة ؛ لأن الخلاف في الصبرة ، فقد روى ابن الماجشون وقال به : أنه لا يجوز أن يستثني من الصبرة قليلاً ولا كثيراً ، كيلاً ولا جزءاً مشاعاً ؛ لأن الجزاف إنما جاز بيعه للضرورة ؛ وهي مشقة الكيل والوزن ، فإذا استثنى منها جزءاً فلا بد من الكيل ، فلم يقصد بالجزاف إلا المخاطرة ، والثمرة لا يتأتى فيها الكيل فافترقا .

وعلى هذا فالثمرة مبتدأ خبره محذوف ؛ أي : يجوز فيها استثناء الثلث باتفاق ، يريد: على رؤوس الأشجار .

وقال بعض من تكلم على هذا الموضع : بل هو راجع إليهما ، والمقصود به الاستدلال على ابن القاسم بما اتفقا عليه .

وقد حكى ابن المواز ذلك ، فقال : واتفق ابن القاسم وأشهب على جواز الاستثناء من الصبرة والثمرة كيلاً قدر الثلث فأقل .

وفرق المازري لابن القاسم بأن الصبرة مرئية فخف الغرر ، وعلى الجواز في الثمرة ، فقال أشهب : يجوز ، سواء كان ذلك تمراً أو رطباً أو بسراً ، وهو ظاهر على أن المستثنى مبقى ، وفيه نظر على أنه مشترى ، فإن كانت الثمرة أنواعاً فاستثنى من نوع منها أكثر من ثلثه إلا أنه أقل من ثلث الجميع ، فاختلف فيه قول مالك بالإجازة والمنع ، وأخذ ابن القاسم وأشهب بالمنع .

وَيُجْبَرُ عَلَى الذَّبْحِ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَتْ مَعْلُولَةً .

ما صدر به المصنف ، قال المازري : وهو المعروف ؛ لأن المشتري دخل على أن يدفع للبائع لحما ولا يتوصل إليه إلا بالذبح .

وحكى بعضهم الاتفاق عليه .

قوله : (وَقِيلَ : إِنْ كَانَتْ مَعْلُولَةً) وقع في بعض النسخ : (معلوفة) بالفاء ، وظاهره: أنها إذا كانت كذلك أجبر ، وينبغي أن يقدر إن كانت معلولة لم يجبر على الذبح ليوافق المنقول .

ففي «الواضحة» من رواية مطرف عن مالك : فيمن باع جزورا واستثنى رأسها أو أرطالاً يسيرة من اللحم ، فإن أخرها المبتاع حتى ماتت أو صحت وكانت مريضة ، قال : إذا بيعت لمرض أو علة فخيف عليها الموت فبيعت لذلك بيسير الثمن ولولا ذلك لبيعت بدنانير كثيرة ، فإن أخرها عامداً فهو ضامن لما استثنى عليها منها ، وإن صحت وذهب ما كان بها من مرض فعلى المبتاع شراء ما استثنى عليه البائع أو قيمته ، ولا يجبر على نحرها؛ لأنه كان ضامناً لما استثنى عليه .

وإن كانت حين البيع صحيحة فتربص بها المبتاع الأسواق فزاد ثمنها أو سمنت فكره المبتاع نحرها ، فالبائع شريك بقدر ما استثنى منها .

وانظر كيف لم يجعله في هذه الرواية شريكا إذا كانت مريضة وجعله شريكا إذا لم تكن مريضة وزادت أسواقها ؛ ولعل ذلك لأنها إذا كانت مريضة لا يكون لها كبير الثمن ، فإذا صحت ارتفع ثمنها فصارت الرأس المبيعة وهي مريضة كأنها قد فاتت، والله أعلم .

وَلا يَأْخُذُ مِنْهُ لَحْما عَلَى الأَصَحِّ .

أي : لو اتفقا على أن يعطي المشتري البائع لحما عوضاً عن المستثنى ، فالأصح وهو مذهب أشهب منعه .

وصححه المصنف لما ذكره ابن المواز أنه يدخله بيع اللحم بالحي ، ولذلك قال : بخلاف الجلد ؛ أي : فيجوز ، والجواز ظاهر قول مالك في رواية مطرف .

وفي «المدونة»(١) ما يقتضيه ؛ وهو قوله فيمن استثنى الجلد أو الرأس ، أو أبى المشتري من الذبح: أن عليه شراء جلده أو قيمته ، فلم يجعله من بيع اللحم بالحيوان فاعلمه.

واختلف هل للبائع أن يبيع ما استثناه بناء على أنه مبقى ، أو لا بناء على أنه مشترى فيدخله بيع الطعام قبل قبضه ، على قولين .

---

(١) «المدونة» (٣/٣١٦) .

وَلَوِ اسْتَثْنَى جُزْءاً جَازَ ، وَلَوْ كَانَ عَلَى الذَّبْحِ .

كما لو باع شاة والمستثنى نصفها أو ثلثها أو غير ذلك من الأجزاء .

المازري : ولا خلاف فيه .

قوله : (**وَلَوْ كَانَ**) مبالغة في الجواز ، وهو ظاهر .

وَفِي جَبْرِ مَنْ أَبَاهُ حِينَئِذٍ قَوْلانِ .

قوله : (**حِينَئِذٍ**) أي : حين باع على الذبح .

ابن عبد السلام : والظاهر الجبر لدخوله على ذلك ، والمؤمنون عند شروطهم .

وقــال ابن يونس : الصواب عدمه ؛ لأنهما قـد صارا شريكين ، فمن دعا إلى الذبح فذلك له .

قال : فإن قيل: قد قال ابن القاسم : يجبر على الذبح إذا استثنى أرطالاً فما الفرق ؟ قيل : لأنه هنـا إذا تشاحا بيـعت عليهمـا ووقع لكل واحد منهـما ثمن مـعلوم ، بخلاف الأرطال . انتهى .

واقتصر اللخمي على القول بعدم الجبر .

المازري : وهو الذي نص عليه الأشياخ .

خـليـل : ويدل عليه قولهم : يجـوز ولو كان على الذبح ، إذ لو كان يجبر فـإن فيه شراء اللحم المغيب، والله أعلم .

وحكى بعضهم الأول ولم يعزه، وذكر ابن يونس والمازري أن بعض الشيوخ توقف في الجبر وعدمه .

وَلَوِ اسْتَثْنَى الْجِلْدَ وَالرَّأْسَ ، فَثَالِثُهَا : الْمَشْهُورُ يَجُوزُ فِي السَّفَرِ لا فِي الْحَضَرِ .

أي : لو باع شاة واستثنى جلدها أو رأسها ، فثلاثة أقوال :

الجواز في الحضر والسفر : حكاه فضل عن ابن وهب وعيسى .

والمنع فيهما : حكاه الأبهري رواية عن مالك .

والثالث المشـهور : يجوز في السفر دون الحضر ، ودليله ما رواه أبو داود في مراسيله

عن عروة بن الـزبير : **أن النبي ﷺ حين خرج هو وأبو بكر مهـاجرين إلى المدينة مرَّ براعي غنم اشترى منه شاة وشرط له سلبها .**

ولا يقاس الحضر عليه ؛ لأنه إنما جاز في السفر لكونه لا قيمة له هناك فخف الغرر.

تنبيه :

جعل المصنف المشهور عدم الجواز في الحضر ، والذي في «المدونة»(١) : أجاز مـالك استثناء الرأس والجلد في السفر إذ لا ثمن له هناك ، وكرهه للحاضر إذ كأنه ابتاع اللحم ، فظاهره الكراهة فقط ، وبذلك فـسرها أبو الحسن فاحـتج بقول ابن حبيب : خـفف مالك ذلك في السفر وكرهه في الحضر ؛ إذ له هناك قيمة ، ولا يفسخ إن نزل .

لكن أضاف المازري إلى المذهب المنـع كما فهم المصنف ، فـقال : وأما اسـتثناء جلد الشاة المبيـعة في الحضر فمنعـه في المذهب وأجازه ابن وهب ، وأما في السفـر فعن مالك روايتان : الجواز وهو المشهور ، والمنع ذكره الأبهري وغيره .

وقال القاضي أبو محمد : إن المحققين من أصحابنا نزَّلوا هاتين الروايتين على اختلاف حالين ؛ فالمنع في السفر إذا كان للجلد قيمة ، والجواز إذا لم تكن له قيمة .

وأشار ابن حبـيب إلى منع هذا التأويل وأجاز استثناء الجلد والأكـارع حيث تكون لها قيمة ، واعتل بأنه شيء معين .

وتردد الأبهري في الإجازة في السفر إذا كانت له قيـمة ، فقال : يحتمل أن لا يجوز ويحتمل أن يجوز ؛ لأن الحكم للأغلب ، والأغلب ألا قيـمة له هناك ، والاحتمال الثاني أوضح والأول أقيس .

ابن يونس(٢): والصواب جوازه؛ لأن النبي ﷺ وأصحابه أجازوه ولم يعللوا لم جاز.

قال : وأما اسـتثناء الرأس والأكارع ، فلا يكـره في سفر ولا حضر ؛ كـمن باع شاة مقطوعة الأطراف قبل السلخ .

وَلا يُجْبَرُ عَلَى الذَّبْحِ عَلَى الأَصَحِّ .

---

(١) «المدونة» (٣/ ٣١٥) .

(٢) «الجامع» (٨ / ٣٧٤).

أي : حيث قلنا بإجازته ، فالمشهور ـ [كما][1] قال المصنف ـ وهو الأصح عدم جبره على الذبح إذا أباه ارتكاباً لأخف الضـررين ، إذ أمر الجلد والرأس يسـير وقيـمتـه أو مثله تقوم مقامه ، وفي إجبار المشتري على الذبح إفساد مال .

ومقـابل الأصح ليس منصوصاً، وإنما قـال المازري: إنه التحقـيق؛ لدخوله على ذلك اللحم .

وقد حكى عياض الاتفاق على الأول ، فقـال : لا يختلف في أن المشتري يخير أولاً في أن يذبح ويعطي الجلد ، أو يمسك فيعطي مثله أو قيمته . انتهى .

وهذا الكلام مـخالف أيضـاً لما صحـحه المصنف من تحتم القيـمة على القـول الذي صححه بقوله :

وَعَلَيْهِ الْقِيمَةُ لا الْمِثْلُ عَلَى الأَصَحِّ .

إذ مـعناه : أنا إذا فرعنا على عدم الجبر ، فهل يقـضى عليه بقيمة الجلد والرأس ، أو بمثلهما ؟ قولان ، والأصح: القضاء بالقيمة ؛ لأنهما من المقومات .

ولم أر من صرح بهذا القول الذي حكاه المصنف .

والذي حكاه ابن يونس وغيـره عن ابن القاسم بعد أن حكى عنه التـخيير بين القـيمة والمثل ، والقيمة أعدل ، ابن يونس وغيره : وقاله سحنون .

وكذلك أيضاً ظاهر كلامه: أن مقابل الأصح القضاء بالمثل فقط ، وليس كذلك ، بل التخيير بينهما ، وهو مذهب «المدونة» .

واختلف الشيوخ فيـمن له هذا التخيير ؛ فقيل : للمشـتري لأنه الذي جعل له الخيار أولاً بين أن يذبح ويعطي الجلد .

وقيل : للبائع لأنه صاحب الحق .

وقيل : للحاكم ، وهو أضعفها .

فَلَوْ مَاتَ مَا اسْتُثْنِي مِنْهُ مُعَيَّنٌ ، فَثَالِثُهَا : يَضْمَنُ الْمُشْتَرِي الْجِلْدَ وَالرَّأْسَ دُونَ اللَّحْمِ...

مراده بالمعين : خلاف الجزء الشائع ؛ كالثلث والربع فإنه لا ضمان عليه في ذلك .

---

(١) سقط من ط .

وحـاصل ما ذكـره : أنه اختلف في مسألة الأرطال والجـلد والرأس فقيل: يضمن في الجمـيع بناء على أنه يجبر أو يضمن فـي مسألة الجلد والرأس بناء على عدم جـبره ، دون مسألة الأرطال فإنه يجبر ، ثلاثة أقوال ، والثالث هو مذهب «المدونة» .

ونسب ابن يونس وغيره القولين في ضمان الجلد لابن القاسم ، فعنه في «العتبية»[١]: أنه لا ضمان عليه في الجلد، وروى عنه أصبغ أنه ضامن .

خليل : والرأس في معناه .

وذكر صاحب «الـبيان»[٢] عن ابن دحون : أنه حمل القول بعـدم الضمان على ما إذا لم يفرط ، وأما إن توانى في الذبح فيضمن ، وهو معنى الرواية بالضمان ، وعلى هذا فلا خلاف في المسألة .

قال ابن دحون : إنما جعل المصيبة من المشتري ؛ لأنه إنما جاز أن يشتري بهذا الاستثناء في السفر ، لأنه لا قيمة للمستثنى في السفر ، فكأنه اشترى الجميع .

قال في «البيان»[٣] : وهو كلام غير صحيح ، إذ لا معنى للتفرقة بين أن يفرط أو لا ، وإن كان ابن حبيب نحا إلى هذا ، ورواه أبو قرة عن مالك فيمن باع بهيمة واستثنى رأسها فلم يذبحها حـتى ماتت ، فعليه قيمـة رأسها الذي فرط فيه ؛ لأنه ترك مـا اشتراها له من الذبح، وإن حبسهـا بإذن البائع حتى هلكت فلا شيء عليه، وإن صحـت فأبى أن يذبحها فعليه قيمة رأسها ، وإن استحياها بإذن شـريكه فهو شريك معه ، وهو استحسان على غير قياس ، إذ لا يخلو أن يكون للبائع على المشتري حق توفـية أو لا، فإن كان فلا يسقط عنه ترك التفريط ، وإن لم يكن فلا يجب عليه بالتفريط .

وأما قوله : (وقيل : إنما جـعل المصيبة من المشتري) إلخ، فـهو كلام متناقض ؛ لأن كون الجلد لا قيمـة له في السفر يقتضي أن البيع لم يقع عليـه وأن المشتري لا يكون ضامنا له، فالصحيح في المسألة : أن قولي ابن القـاسم محمولان على الخلاف ، وأن الخلاف في ذلك هل هو مبقى فلا يكون على المشـتري ضمان ، أو مشترى فـيكون عليه الضمان فكأن

---

(١) «البيان والتحصيل» (٧/ ٣٩٣) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٧/ ٣٩٣) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٧/ ٣٩٣) .

البائع باع جميع الشاة بعـشرة وبجلدها ، فإذا كانت قيمته درهمين رجع عليـه بسدس قيمة الشاة ، كأنه بمنزلة من باع شاة بعشرة وعرض . انتهى .

وفي «تهـذيب الطالب»، وابن يونس[1] : عن بعض القرويين : إنـه لم يختلف في مسألة اسـتثناء الأرطال أنه لا ضمان على المشتـري ، ولا يدخل في ذلك الخلاف الذي في الجلد ؛ لأنه لما لم يجـبر في الجلد على الذبح كان الجلـد في ذمته لا في مـعين ؛ بخلاف مسألة الأرطال فإنه مجبور على الذبح .

وهذا بخلاف ما حكاه المصنف من تعميم الخلاف في جعله الثالث تفصيلاً .

وَفِي اشْتِرَاءِ الْبَائِعِ مَالَ الْعَبْدِ الْمَبِيعِ بِمَالِهِ ، قَوْلاَنِ لاِبْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ .

هذه المسألة مشكلة حكماً ونقلاً .

أما الحكم : فظاهر كـلامه أن أحد القولين جواز اشـترائه ، وإن كان فيـه طعام ونقد ودين بما شاء من الثـمن ، وفي ذلك من وجوه المنع ما لا خفـاء فيه ، حتى قـال ابن عبد السلام : إنه لا يعلم خلافاً أن البائع فيها كالأجنبي .

قال شـيخنا ـ رحمه الله ـ : ويمكن لو سـاعده النقل التفـرقة بين البائع وغيـره ، فإن البائع عالم بمـال عبده غالبا بخـلاف غيره ، قيـاسا على ما أجازوه للبائع أن يـستثني أربع نخلات من حائطه .

وأما النقل : فقد بحث ابن عبد السلام وغيره عن هذه المسألة في مظانها فلم يجدها، ثم اختلف الأشياخ ؛ فمنهم مـن وهمه ، ومنهم من حسن الظن به وتكلف له جوابا ، ثم لهم في ذلك وجوه :

أولها : أنها على ظاهرها ، والشراء محمول على الإقالة ؛ أي : أراد البائع أن يستقيل المشتري في مال العبد بما ينوبه من الثـمن ، فإن عددنا الإقالة حل بيع جاز ، وإن عددناها ابتداء بيع كان مـا يخص مال العبد من ثمنه غـير معلوم ، إذ لا يعلم إلا بعد تقويم رقـبته على انفرادها وماله على انفراده ، ويكون هذا كالـثمن المعلوم جملة دون تفصيل ، ويكون المصنف غيرَّ لفظ الإقالة بلفظ الشراء تنبيها على سبب القول بالمنع ؛ لأنه لو عبر بالإقالة لم يفهم السبب المقتضي للمنع .

(١) «الجامع» (٨ / ٤٨٥).

وفيـه نظر ؛ لأن المعلوم جملة المجهـول تفصيـلاً منعه ابن القاسم وأجـازه أشهب ، عكس ما نسبه المصنف ، إلا أن يقدر : وفي منع ، وهو تأويل ابن عبد السلام .

ثانيـــهـا : أن المسألة على ظاهرها ، والخـلاف فيها بالأحرى على قـولي ابن القاسم وأشهب في العـبد إذا باعه بدون ماله ، ثم أراد المشـتري أن يزيد البائع شيـئا ويلحق المال بالبيع ، فـروي عن مالك جوازه وبه أخـذ ابن القاسم ، وروي عنه منعه وبه أخـذ أشهب وابن وهب وابن عبد الحكم ، ولابن القاسم ثالث بالجواز إذا كان بحضرة البيع .

قال في «المبسوط» : ومعنى القرب: أن لا يدخل المال زيادة ولا نقص ، بناء على أن الملحقات بالعقود ، هل تقـدر واقعة في أصل العقد فيجوز ، أو لا تقدر واقعـة فيه فيمتنع في الصورتين .

ونسب المصنف القولين لهما ، بناء على أن لازم القول قول ، وهو تأويل ابن راشد.

ثالثـهـا : أن اشتراء ، مصدر وهو مضـاف إلى المشترى منه، والفاعل محذوف ، وهو المشتري ؛ أي : وفي اشتراء المشتري من البـائع مال العبد المبيع بماله ؛ أي : بمال المشتري، والخلاف فيها منصوص لابن القاسم وأشهب ، كما ذكره في الوجه الثاني ، وفيه تعسف .

رابعـهـا : أن البائع بمعنى المشتري ؛ لأن كلا منهـما بائع في المعنى ، واشترى بمعنى باع، وضمـير (ماله) يعود علـى المشتري ، وفيـه تعسف ، وإن كان البـائع يطلق في اللغة على المشتري لكن الفقهاء لا تستعمله ، وإنما يستعمله من يريد الألغاز .

تنبيه :

ما تقدم من تمشية ابن راشد من خلاف ابن القاسم وأشهب ؛ إنما ذلك إذا اشترى المال على وجه لو انفـرد المال لم يجز ، كما لو كـان المال عيناً وعرضاً واشتـراه بعين ، وأما لو اشتراه على وجه لو انفرد جاز فلا خوف في الجواز .

وَالْمُتَعَيَّنُ وَلا غَرَضَ فِي عَدَدِهِ ، أَوْ قَلَّ ثَمَنُهُ يَجُوزُ جُزَافاً .

لما ذكر أن من شرط البيع أن يكون معلوماً خشي أن يتوهم منع الجزاف ، فذكره ليعلم أن حكمه الجواز ، وأن الحزر أقيم فيه مقام العلم .

وقـوله : (**وَالْمُتَعَيَّنُ**) أي : المشاهد المرئي ، بذلك فسره ابن راشـد ، وتفسير ابن عبدالسلام المتعين بالمقوم بعيد جدا.

وذكر علماؤنا لبيع الجزاف شروطا:

أولها : أن يكون مرئيا، فلا يجوز بيع غائب جزافاً ، إذ لا يمكن حزره .

ثانيها : ألا تكون آحاده مقصودة ؛ كالجوز واللوز والعصافير وصغار الحيتان، فلا يجوز بيع الرقيق والحيوان والثياب جزافاً ، وإليه أشار بقوله : (**وَلَا غَرَضَ فِي عَدَدِهِ**) .

وفي «الواضحة»: جواز بيع الأترج والبطيخ جزافاً وإن اختلف آحاده في الكبر والصغر.

المازري : وهو لا يأتي على ما أصلناه من المنع فيما يراد آحاده ، إلا أن يكون الثمن لا يختلف عند المتعاقدين بالصغر والكبر .

ثالثها : أن يكون مما يتأتى حزره ، فإن كان من الكثرة بحيث لا يتأتى حزره لم يبع جزافاً ؛ لكثرة الغرر ، ذكره الباجي[1] وغيره .

رابعها : جهل المتعاقدين بكميته، وسيأتي هذا الشرط من كلام المصنف .

خامسها : أن يكونا عالمين بالحزر .

اللخمي: فإن كان قوم لا يعتادون ذلك أو اعتاده أحدهما لم يجز ؛ لأن الغرر يعظم.

سادسها : أن يكون في أرض مستوية ، ذكره جماعة .

وقوله : (**أَوْ قَلَّ ثَمَنُهُ**) ظاهره ولو قصدت آحاده ، وبذلك صرح ابن راشد ، ومثل ذلك بالبيض والرمان والقثاء واللوز والأترج والبطيخ، وكذلك قال ابن عبد السلام ، فإنه قال : الفقوس والبطيخ والرمان وشبهه من المعدود الذي تقصد آحاده ولا يتعلق الغرض بعدد عندهم يجوز بيعه جزافاً .

ابن عبد السلام : ويقع في بعض النسخ (أو قل عدده) موضع (ثمنه) وذكر الثمن هو الصواب ، وأما قلة العدد فإنما تناسب المنع ؛ لأنه لا كبير كلفة في عدده ، إذ هو مما تقصد آحاده ويتعلق الغرض بعدده ، فإن قل ثمنه قام ذلك مقام كونه لا تقصد آحاده . انتهى . وقد صرح ابن أبي زيد [2] : بأن ما قل ويمكن عده بلا مشقة لا يجوز بيعه جزافاً، ومنع

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٣٣٠) .

(٢) «النوادر والزيادات» (٦/ ٧٥) .

ابن القاسم في «العتبية» [1] شراء الخشب الملقى بعضه على بعض جزافاً ؛ لأنه تخف مؤنة عده بمنزلة الغنم، قال : ولا بأس بشراء صغار الخشب جزافاً .

تنبيه :

ما قدمناه من بيع العصافير جزافاً نص عليه مالك ، وأوله ابن القاسم على أن ذلك بعد الذبح ، وأما قبله في الأقفاص فلا ؛ لأن بعضها يدخل في بعض فلا يمكن حزره.

وكذلك نص ابن حبيب على الجواز بعد الذبح وعلى عدمه قبله .

وفي «الموازية» لا بأس ببيع برج الحمام بما فيه جزافاً .

وفي [الطراز][2] ذكر القاضي أبو الوليد في كتابه «الكبير» : أن بيع الطير في القفص جزافاً غير جائز باتفاق .

وفي بيع الحمام في الأبراج قولان بالجواز والمنع ، بناء على أن عدها ممكن أو لا .

وَفُرِّقَ بَيْنَ ظَرْفٍ مَمْلُوءٍ ، وَمَلْئِهِ وَهُوَ فَارِغٌ ابْتِدَاءً ، أَوْ بَعدَ أَن اشْتَرَاهُ جُزَافاً وَفَرَّغَهُ .

أي : ولأجل اشتراطنا في الجزاف أن يكون مرئيا؛ فرق بين ظرف مملوء فيجوز بيع ما فيه جزافاً، وبين ملئه وهو فارغ ابتداء ، وبين ملئه ثانياً بعد أن اشتراه أولا جزافاً فلا يجوز فيهما لعدم الرؤية .

وكذا نص عليه ابن القاسم وأصبغ ومحمد وغيرهم .

المـــازري : وقد يهجس في النفس أنه لا فرق بين مـا أجازوه ومنعوه ؛ إذ لا يختلف حرز الحازر لزيت في قارورة أو لمقدار ملئها زيتا، ولهذا اختـار ابن يونس جواز شراء ملء هذه القارورة، قال: ولو قاله قائل في الغـرارة لما بعد وهو في القارورة أبين؛ لأن ملئها لا يختلف .

ولا يقال : يرد على التفرقة التي ذكرها المصنف مـا أجازه في «العتبية» من شراء سلة تين ثانيـا بدرهم بعد أن اشتـراها أولا لقوله: بخـلاف غرارة القـمح، ألا تراه لا يسلم في غرارة القمح ويسلم في سلتين تينا؛ لأنه معروف، فإنه أشار في تعليل المسألة إلى أن السلة في التين مكيال له كالويبة بالنسبة إلى القمح ، فصار كـأنه إنما اشترى شيئاً معلوما ، وأكد ذلك بقوله : بخلاف غرارة القمح .

---

(١) «البيان والتحصيل» (٧/ ٤٦٢) .

(٢) في ط : «الطرر» .

فرع :

واختلف أصحابنا إذا وقع التبايع بمكيال مجهول، قال أشهب : لا يفسخ وجعله بمنزلة الجزاف، ورأي غيره: أنه يفسخ ؛ لأن العدول عن المعتاد له من المكيال إلى المجهول غرر .

فَأَمَّا الْغَائِبُ وَنَحْوُ الْقَمْحِ فِي التِّبْنِ قَوْلَانِ .

أي: ولا يجوز بيع الجزاف غائباً، وعطفُ القمح في التبن على الغائب ؛ إما من باب عطف الخاص على العام ، وإما أنه ليس غائباً حقيقة ولكنه في حكم الغائب .

ولا خلاف فيما ذكره المصنف ، قاله صاحب «الإكمال» [(١)].

بِخِلَافِ الزَّرْعِ قَائِماً ، وَكَذَلِكَ الْمَحْصُودُ عَلَى الأَشْهَرِ .

لا خلاف عندنا في جواز القائم ؛ لما في «الصحيح»: **أنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ نهى عن بيع النخل حتى يزهو ، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة** ، نهى البائع والمشتري، والأشهر في المحصود الجواز قياساً على القائم، وقيل بالمنع قياساً على ما كان منه حال الدرس ، وهو قول التونسي .

وظاهر كلامه : أن الجواز أعم من أن يكون حُزماً أو لا ، وينبغي أن يقيد بما إذا كان حُزماً ، فقد قال صاحب «الإكمال»[(٢)] : لا خلاف أنه لا يجوز بيعه إذا خلط في الأندر للدراس ، أو كدس بعضه على بعض قبل تصفيته . واختلف عندنا إذا كان حُزماً أو قطعاً يأخذها الحزر والتحري على قولين .

ولو رأى المشتري ما في الأندر وهو قائم قبل أن يحصد جاز؛ لأنه علم حزره وهو قائم .

ابن عبد السلام : وينبغي أن يكون خلافاً في حال ، فإن لم يختلط وبقي السنبل إلى جهة واحدة ، فالنفس أميل إلى الجواز ولا يحاط به مع ذلك كما يحاط بالقائم ، وإن كان على خلاف هذه الحال فلا شك في المنع .

خليل : وقد يمشي كلام المصنف على ظاهره ، ويعتمد في ذلك على ما نقله

---

(١) «الإكمال» (٥/ ١٥٤) .

(٢) «الإكمال» (٥/ ١٦٩) .

الباجي[١] ، فإنه قال : روى القاضي إسماعيل أنه يجوز بيعه في أندره وقبل درسه .

وروي عن ابن نافع أنه لا يجوز بيعه إلا إذا كان حُزَما يرى سنبله وينظر إليه .

فعطفـه قول ابن نافع على رواية القاضي دليل على أنه يجـوز على رواية القاضي وإن لم يكن حُزَماً .

وَالْمَسْكُوكُ ، وَالتَّعَامُلُ بِالْوَزْنِ يَجُوزُ جُزَافاً ، وَبِالْعَدَدِ لا يَجُوزُ ، وَقِيلَ : فِيهِمَا قَوْلانِ .

احترز بالمسكوك من التبر والمصوغ ونحوهما ، فيجوز جزافاً .

المازري : ولو كان الحلي محـشوا، إذا عرف قدر الساتر للمحشـو من الذهب والفضة بأن تعلم رقته من غلظه وأمكن حزره .

وشمل قوله :(**وَالْمَسْكُوكُ**) الفلوس ، وهو صحيح نص مالك في «الموازية» عليه .

قوله : (**وَالتَّعَامُلُ بِالْوَزْنِ**) أي : كدراهم مصر ، وهي المجموعة يجوز بيعها جزافاً، وإن كان التعامل بالعدد كدراهم المغرب فلا يجوز بيعها جزافاً .

وحكى ابن بشـير، وابن شـاس[٢] عن القاضي أبي الحـسن الكراهة إذا كان التـعامل بالعدد .

واعلم أنه نص في «المدونة» على منع بيع الدراهم والدنانيـر جزافا وأطلق ، وحـملها اللخمي على الإطلاق ولم يذكر في المنع خلافاً إذا كان التعامل بالعدد .

وحكى عن ابن القصار الكراهة فيما إذا كان التعامل بالوزن .

قال المازري : اختلف البغداديون في معنى المنع ، فقال ابن القصار : إنه كرهه ، وإليه أشـار ابن عبـد الحكم بقوله : لم أر أحـداً من أصحـابنا يجـترئ على فـسخ بيع الدراهم والدنانير جزافاً .

وذهب الأبهري وعبد الوهاب إلى أن المنع على التحريم .

فمقتضى قول ابن القصار: عـدم الفسخ ؛ لأنه مكروه ، ومقتضى قول الأبهري وأبي محمد الفسخ إذا لم يراعيا الخلاف .

---

(١) «المنتقى» (٦/ ١٤٩) .

(٢) «الجواهر» (٢/ ٣٤٢) .

واخـتلف في علة المنع ، فـقال ابن مـسلمـة : لكثـرة ثمن العين فيـكثر الغـرر وهو منقوض؛ لإجازتهم بيع الحلي جزافاً ، واللؤلؤ إذا لم تقـصد آحاده ، وإن كان القاضي أبو محمد أطلق عدم جواز بيع الجواهر جزافاً ، لكن التحقيق ما قلته .

وعلل الأبهري وأبو محمد المنع : بأن الغرر هنا من وجهين ؛ من جهة الكمية ، ومن جهة الآحاد ؛ لأنه يرغب في كثرة آحاده ليسهل شـراء السلع اليسيرة الثمن ، بخلاف غيره من المبيـعات ، فإن الغرر فـيها إنما هو من جـهة واحدة وهي جـهة الكمية . انتـهى كلام المازري .

وقول المصنف : «**وقيل: فيهما قولان**» ؛ أي : سواء كان التعامل بالوزن أو بالعدد ، هذه طريقة الباجي ، وبنى الخلاف في ذلك على الخلاف في الدنانير والدراهم ، هل تتعين بالعقد أو لا ؟ فإن قلنا : إنها لا تتعين بالعقد لم يجز بيعها جزافاً ؛ لأن العقد عليها يتناول الذمة، والجزاف لا يصلح أن يثبت في الذمة .

وإن قلنا : تتعين جاز بيعها كسائر الموزونات والمكيلات، وهذا فهم حسن من المصنف لكلام الباجي ، وإن كان ابن بشير إنما نقل عن الباجي أنه قال : إن كان التعامل بالعدد لم يجز المجازفة باتفـاق ، وإن كان وزناً فقولان، فإن كلام الباجي لا يؤخذ منه الاتفـاق فيما إذا كان التعامل بالعدد ، وتعليله بالتعيين وعدمه ينافيه .

خليل: ولكن في كلام الباجي نظر من جهة أخرى ؛ وذلك أنه ينبغي إن قلنا : إن الدراهم والدنانيـر لا تتعين ، فينبـغي أن يتفق هنا علـى تعيينهـا لأنها جـزاف ، والجزاف مجهول والذمة لا يكون فيها مجهول، والله أعلم .

وشَرْطُ الْجُزَافِ اسْتِوَاؤُهُمَا فِي الْجَهْلِ بِقَدْرِهِ .

أي : وشرط جواز بيع الجزاف استواء البائع والمبـتاع في الجهل بقدر المبيع ؛ لأنهما لو اشتركا في العلم بقدره لم يكن جزافاً ، وإن انفرد أحدهما لم يجز العقد عليه ، ولا سيما إن أعلمه بعلمه؛ لأنهما تعاقدا على مخاطرة وغرر ، وهذا أولى من كلام ابن عبد السلام.

فرع :

لا إشكال فيـما ذكـره المصنف في المكيل والموزون والمعـدود الذي لا تختلف مـقاديره بالكبر والصغر .

وأما المختلف كالقثاء والبطيخ ، فـقد روى ابن وهب عن مالك في «المبسوط» : جواز بيعه ممن يعرف عدده جزافاً .

وقال ابن المواز : إذا عرف أحد المتبايعين العدد لم يجز بيعه جزافاً .

ووجه الباجي الرواية الأولى بأن الغرض في مبلغه دون عدده ، فإذا انفرد بمعرفة عدده فلم ينفرد بمعرفة المقدار المقصود منه ، كما لو انفرد بمعرفة عدد القمح أو معرفة وزنه .

فَإِنْ عَلِمَ الْمُشْتَرِي بِعِلْمِهِ بَعْدَ الْعَقْدِ فَلَهُ الْخِيَارُ .

فإن علم المشتري بعلم البائع بقـدر المبيع جزافاً بعد العقد فللمشتـري الخيار ، كما لو اطلع على عيب دلس به البائع .

وحكى عبد الوهاب[1] عن ابن القصار استشكال كون هذا عيبا؛ لأن العيب إذا علم به البائع جاز للمشتري الرضا به ، ولو أعلم البائع المشتري بأنه عالم به ورضي كان فاسداً، نص على الفساد في كتاب محمد .

وحكى سحنون أن البيع جائز ، واستبعده ابن عبد السلام .

خليل : ويمكن أن يجاب عما أورده ابن القصار ، بأنه هنا إذا أخبره بأنه عالم بكيله ثم اشتـرى منه بعد ذلك، فـقد دخل مـعه على المغامـرة والمخاطرة، بخـلاف غيـره من سائر العيوب .

وأجاب القاضي أبو محمـد على الإشكال بأنه : لا ملازمة بين أن يكون الشيء يفسد به العقد إذا قارنه ، ولا يفسد إذا اطلع عليه بعد ذلك ؛ لدخوله في الأول على الغرر دون الثاني ، كما قـال سحنون فيمن باع أمة وشرط أنها مغنيـة أن البيع فاسد ، ولو اطلع على ذلك لم يفسد وكان له الخيار .

خليل : وعلى هذا فلا يصح بيع المغنية مع التبيين بعد العقد ، وإنما يجوز بيعها بشرط عدم التمييز ثم يبين بعد العقد ، وفيه نظر .

وينبغي أن يقيد ما قالوه : من أنه لو ذكر أنها مغنية لم يجز شراؤها بما إذا كان القصد من ذلك زيادة الثمن ، وأما إن كان القصد التبري فيجوز .

---

(١) «الإشراف» (٢/ ٥٧٣) .

وقوله : (فَإِنْ عَلِمَ الْمُشْتَرِي) يريد : وكذلك العكس ، فقد ذكر المازري أن المعروف من المذهب مساواة البـائع في ثبوت الخيار له إذا اطلع على علم المشتـري كالعكس، قال : ورأيت بعض أصحابنا حكى فيه عن بعض أهل المذهب خلافاً ، وأن البائع لا خيار له.

ابن رشـد [١]: فإن فات المبيع في مسألة الجزاف التي حكموا فـيها بتخيير المشتري لزم فيه الأقل من الثمن أو قيمة الجزاف ، وفي مسـألة الجزاف التي حكموا فيها بفساد البيع إن فاتت الصبرة ففيها القيمة ما بلغت .

قال : وإن أراد المبـتاع أن يصـدق البائع في الكمـية وردها له لانبغي ألا يـجوز على أصولهم في الاقتصاء من ثمن الطعام طعاماً .

فرع :

وهل يجوز أن يجمع مع الجزاف غيره في عقدة واحدة ؟

اعلم أولاً أن من الأشياء ما الأصل فيه أن يباع كيلا ويجوز جزافاً كالحبوب .

ومنها : ما يباع جزافاً ويجوز كيلاً كالأرضين والثياب .

ومنها : عروض لا يجوز بيعها كيلاً ولا وزناً كالعبيد والحيوان .

فالجزاف مما أصله أن يباع كيلاً كـالحبوب لا يجوز بيعه مع المكيل منه ، ولا مع المكيل مما أصله أن يباع جزافاً كالأرضين والثياب باتفاق .

والجـزاف مما أصله أن يبـاع جزافـاً لا يجوز أن يـباع مع المكيل منـه باتفاق أيضـاً ، واختلف في بيعـه مع المكيل مما أصله أن يباع كيلا على قولين : أحدهـما : الجواز ، وإليه ذهب ابن زرب وأقامـه من إجازته في السلم الأول من «المدونة» أن يسلم في ثيـاب وطعام صفقة واحدة .

ولا خلاف في جواز بيع المكيلين صفقة واحـدة وكذلك الجزافان ، ويجوز بيع الجزاف مع العروض صفقة واحدة إلا عند ابن حـبيب ، فإنه ذهب إلى أن الجزاف مما أصله أن يباع كيلاً لا يجوز بيعه مع العروض في صفقة واحدة وهو بعيد ، قاله صاحب «المقدمات» [٢].

وقال المازري : لا إشكال في جواز بيع الجزافين من الحبوب .

---

(١) «البيان والتحصيل» (٧/ ٢٦٣) .

(٢) «المقدمات» (٢/ ٧٣) .

واختلف في جزاف ومكيل؛ فمن أجاز رأى أن الغـرر لم يكثر بإضافة هذا المكيل إلى الجزاف، ومن منع رأى المكيل معلـوم مبلغه والجزاف مظنون، واجتـماع معلوم ومظنون في عقد واحد يصير في المظنون غرراً لم يكن فيه، وكذلك اختلف إذا ضم إلى المكيل ثوب أو عرض .

خليل : وحكاية المازري الخلاف في الفرع الأول خلاف ما في «المقدمات» .

قال في «المقدمات»(١) : أما بيع الجزاف على الكيل ، فلا يضاف إليه شيء في البيع بحال على الصحيح من الأقوال ، وهو مذهب ابن القاسم .

وأما بيع الجزافين على الكيل ، فإن كانا على صفـة واحدة وكيل واحد جاز باتفاق ، وإن اختلف الكيل والصفة جميعاً لم يـجز باتفاق ، وإن اتفق أحدهما واختلف الآخر جاز عند أشهب ولم يجز عند ابن القاسم .

ورُؤْيَةُ بَعْضِ الْمِثْلِي كَالْقَمْحِ والشَّعِيرِ ، والصِّوَانِ كَقِشْرِ الرُّمَّانِ والْبَيْضِ كَافِيَةٌ .

يعـني : ليس من شرط البيع عندنا أن يرى جميـع المبيع ، بل رؤية بعض المثلي كافية في جواز العقد على الجميع لتماثل آحـاده كالقمح والشعير ، ولا فرق في ذلك بين ما كان حاضراً بالبلد أو غائباً ، وينبغي الاحتفاظ على المعين فيكون كالشاهد عند التنازع .

وقـوله: **(والصِّـوَانِ)** أي : ورؤية ما له صوان كافيـة عن المصون، والصوان: بكسر الصاد وضمها : الوعاء الذي يصونه ويحفظه ، ونقل الجوهري ثالثة وهي صيان .

وتقييد المصنف بالمثلي يدل بمفهومه أنه لا يكفي ذلك في المقوم ، وهو ظاهر المذهب ، وهو مفهوم «المدونة» في بيع الخيار .

وممن نص على عدم اللزوم في المقـوم الشيخ أبو محمد ، وابن شـبلون ، وعبد الحق وغيرهم من الشيوخ .

الشيخ : ولو قال قائل: إنه كالمثلي يلزم باقيه إذا كان على الصفة، ما بعد .

خلـيل : وهو مقتضى ما في سماع ابن القـاسم من «العتبية» ، قال : ومن باع أعدالاً من كتان أو بز ونظر إلى ثوب أو ثوبين؛ أو رطل أو رطلين ثم وجد الباقي لا يشبه؛ فأما ما

---

(١) «المقدمات» (٢/ ٧٤).

هو قريب مما رأى فلا رد له ، وكذلك القمح والتمر في بيت يكون أوله خيراً من داخله .

وأما التغيير القريب فلا حجة له ، وأما الأمر الفاسد فليرد . انتهى بمعناه .

ابن رشد [١] : وهي مسألة صحيحة مبينة لما في «المدونة» وغيرها .

قال في «المدونة»[٢] : وإن خرج آخر الحنطة مخالفاً لأولها ، لم يلزم المشتري من ذلك شيء وله رد الجميع إن كان الاختلاف كثيراً ، وليس للمبتاع أن يقبل ما رضي بحصته من الثمن ويرد ما خرج مخالفاً إلا أن يرضى البائع ، ولا للبائع أن يلزمه ذلك إذا أبى المبتاع وكان الاختلاف كثيراً ، وكذلك في جميع ما يوزن أو يكال .

عبد الحق [٣] : وإنما يلزم الباقي إذا وافق ، بشرط ألا يكون الأول معيبا؛ لأنه يقول : ظننت أن الباقي سليم فاغتفرت العيب فيما رأيت أولاً .

وقوله : (إن كان الاختلاف كثيراً) .

أبو الحسن : اختلف في حد الكثير ؛ فقال أبو محمد : النصف ، وقال أبو إسحاق : الثلث ، وقال ابن يونس : الربع .

وقد ذكر ابن رشد[٤] أن وجود العيب بالطعام على خمسة أوجه ، وقد ذكرت كلامه عند قول المصنف : وتلف بعضه أو استحقاقه كرده بعيب ، فانظره .

والرُّؤْيَةُ تَتَقَدَّمُ بِمُدَّةٍ لا يَتَغَيَّرُ فِيهَا كَافِيَةٌ .

أي: يجوز العقد على سلعة غائبة برؤية متقدمة إذا مضت مدة لا تتغير فيها إلى وقت العقد .

ومفهوم كلامه : أنه لو مضت مدة تتغير فيها لا يجوز العقد ، وبذلك صرح ابن شاس[٥] ، فقال : وأما البيع على رؤية متقدمة فيشترط في صحته ألا تطول مدة الرؤية طولاً يتوقع فيه تغير المبيع عادة، وكذلك يفهم من كلام بعضهم .

---

(١) «البيان والتحصيل » (٨/ ٢٦١) .

(٢) «المدونة » (٣/ ٢١٨) .

(٣) «النكت والفروق» (٢/ ٣٧) .

(٤) «البيان والتحصيل » (٧/ ٢٨٨) .

(٥) «الجواهر» (٢/ ٣٤٧) .

وفي ابن يونس(١): وإن رأى عبداً منذ عشرين سنة ثم اشتراه على غير صفة، قال: إذا طال ذلك وتقادم [قدر](٢) ما يتغير العبد في مثله فالبيع فاسد إلا بصفة مستقبلة.

وفي «كتاب محمد»: البيع جائز إذا علم البائع المشتري قد كان رآه؛ لأنه إنما باعه على تلك الصفة التي كان رآها، زاد أبو محمد (٣): ولا ينقده. انتهى.

وفي «اللخمي»: وإن بعدت الرؤية بما يمكن أن تتغير فيه لم يجز بشرط النقد، وإن لم يشترط النقد جاز.

وهو الذي يأتي على ما ينقله المصنف عن «المدونة» أنه يجوز الشراء من غير صفة.

وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ فِي بَقَائِهِ خِلافاً لأَشْهَبَ.

أي: إذا حصل العقد برؤية متقدمة؛ فلما رأى المشتري المبيع عند القبض زعم أنه تغير عن حالته الأولى إلى ما هو دون، فقال ابن القاسم: القول للبائع.

وقال أشهب: القول للمشتري بناء على أن الأصل بقاء ما كان على حاله أو براءة ذمة المشتري من الثمن.

أما لو تنازعا في عين السلعة، فالقول للمشتري بالاتفاق مع يمينه، لأنه لم يرد نقض بيع في سلعة اتفقا على البيع فيها.

وقيد اللخمي الخلاف بأن يكون ما مضى من المدة يشكل الأمر، هل يتغير فيه أم لا؟ أما إن قرب ما بين الرؤيتين بحيث لا يتغير في مثله، فالقول قول البائع اتفاقًا، وكذلك العكس إذا بعد ما بينهما مما يقال: إن المبيع يتغير فالقول للمشتري.

قال: وتسقط اليمين عن البائع حيث يقطع بكذب المشتري، كما إذا اشترى زيتًا أو قمحًا بالأمس، ويقول: اليوم قد تغير الزيت واحْمَرَّ وتسوس القمح.

وَيُشْتَرَطُ فِي لُزُومِ بَيْعِ الْغَائِبِ وَصْفُهُ بِمَا يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ بِهِ، وَفِيهَا صَرِيحٌ فِي الْجَوَازِ مِنْ غَيْرِ صِفَةٍ، وَلِلْمُشْتَرِي خَاصَّةً الْخِيَارُ، وَأَنْكَرَهُ بَعْضُهُمْ...

قوله: (وَيُشْتَرَطُ فِي لُزُومِ) ظاهره أن الجواز لا يشترط فيه ذلك ويخير في أخذه وتركه، وهو معنى ما ذكره عن «المدونة» (٤)، فكان ينبغي أن يقول: ويشترط في جواز؛

---

(١) «الجامع» (٨/ ٤٧٧).
(٢) زيادة من «الجامع».
(٣) «النوادر والزيادات (٦/ ٣٤٧).
(٤) «المدونة» (٣/ ٢٥٥).

ليكون ما في «المدونة» خلافًا.

والقول الأول نسبه في «المدونة» لبعض كبار أصحاب مالك.

وما في «المدونة» مقيد بما إذا انعقد البيع على أن المشتري بالخيار، وأما إن انعقد على الإلزام، أو سكتا عن شرط الخيار فالبيع فاسد.

وكلام المصنف لا يقتضي أن ذلك من شرط الصحة؛ لاحتمال أن يكون قوله: **(ولِلْمُشْتَرِي خَاصَّةً الْخِيَارُ)** من نتائج العقد لا أنه مشترط وليس كذلك.

ابن عبد السلام: وظاهر ما في السلم الثالث من «المدونة»؛ أنه لا يشترط ذكر جنس المبيع بالكلية، وأنكر الأبهري، وابن القصار، وعبد الوهاب ما وقع في «المدونة».

وزعم بعضهم أن هذه المسألة إنما هي من كلام الحنفية؛ لأن أسد بن الفرات سألهم أولاً ثم أخذ بمذهب مالك، وأن أسد بن الفرات أبقاها في «المدونة» وهو باطل؛ لأن نسبة الوهم بغير دليل إلى أسد وسحنون لا يجوز.

المازري: وما في «المدونة» هو المعروف ونقله اللخمي عن جل الأصحاب.

وقال في «المقدمات» (١): وفي «المدونة» في كتاب الغرر دليل على أنه لا بد من الوصف، وهو الصحيح الذي يحتمله القياس.

وأَنْ لا يَكُونَ بَعِيدا جِدا كَإِفْرِيقِيَّةَ مِنْ خُرَاسَانَ.

هذا شرط ثان لبيع الغائب، وهو معطوف على وصفه؛ أي: ويشترط في جواز بيع الغائب كونه غير بعيد جدًا، لكثرة الغرر فيه.

ولا قَرِيبا جِدا تُمْكِنُ رُؤْيَتُهُ بِلا مَشَقَّةٍ عَلَى الأَشْهَرِ.

هذا شرط ثالث، وهو شرط في الجواز كالثاني؛ لأن عدولهما عن الرؤية مع إمكانها إلى الصفة ضرب من الغرر.

وما ذكر أنه الأشهر هو مذهب «الموازية»، ومقابله مذهب «العتبية» فقد أجاز فيها بيع ما في صندوق بين أيديهما على الصفة، وظاهر «المدونة» الجواز في خمسة مواضع.

---

(١) «المقدمات» (٢/ ٨٣).

ففي آخر السلم الثالث : وإن ابتعت من رجل رطل حديد بعينه في بيته ثم افترقتما قبل قبضه ووزنه جاز ذلك.

وفي الرد بالعـيب : وإن ابتعت سلعة حاضرة بسلعـة في بيتك أو بموضع قريب يجوز فيه النقد ووصفتها جاز ذلك.

وفي بيع الغـرر : وإن استأجرت منه داراً بثوب في بيتك ووصفته ثم اشتريته منه وهو بيدك بعين أو بثوبين من صفته أو بسكنى دار لك فجائز.

وفي آخـر الجـعل : لما ذكر بـيع الزرع على أن الدرس على البائع، قـال: وليس ذلك كحنطة في بيتك ، تلك لابد فيها من صفة أو عيان.

وفي أكـرية الدور : وإن أكريته داراً بعبد بعينه على أن تقبضه فمات بيد المكتري، فهو منك والكراء يلزمك كـالبيع، وإن كان بثـوب بعينه في بيت المكتـري وقد وصفـه كان منه وانتقض الكراء .

فهـذه المواضع تدل على أن الأشهر الجواز، لكن ذكـر ابن شاس[1]: أن الأصـحـاب نزلوا ما في «المـدونة» من تجويز العقـد بالسوق على سلعـة في البيت على مـا إذا كان في رؤيتها مشقة وكلفة.

فَإِنْ كَانَ بِمَشَقَّةٍ جَازَ عَلَى الأَشْهَرِ .

أي: فإن كان إمكان رؤية الغائب بمشقة جاز بيعه على الصفة على الأشهر، فهذا كبيع الأعدال على البرنامج وكبيع الغائب على مسافة يوم.

والأشهر مذهب «المدونة» و«الموطأ» ومقابله في « مختصر ابن شعبان » : منعهما .

وَفيـهَا : ويَجُـوزُ بَيْعُ الأَعْدَالِ عَلَى الْبَـرْنَامِجِ ، بخلاف السَّـاجِ الْمُدْرَجِ وشِـبْهِـهِ ، فَرَّقَ بَيْنَهُمَا عَمَلُ الْمَاضِيْنَ وَأَجَازَهُمَا ، وذَا مَسَافَةَ يَوْمٍ مُدَّةً ومَنَعَهَا مُدَّةً .

ذكر مسألة «المدونة» استدلالاً على ما ادعاه من الأشهر.

والبـرنامج: بفتح الباء وكسر الميم، وهي لفظة فارسية استعملتها العرب، والمراد بها: الدفتر المكتوب فيه صفة ما في العدل.

(١) «الجواهر » (٢/ ٣٤٥) .

والساج المدرج: طيلسان مطوي، والمراد بشبه الساج، الثوب المدرج في طيه ولم يكن رفيعا كما في الساج.

والضمير في (**أجازَ**) عائد على مالك، والضمير في: (**هُما**) عائد على الساج المدرج والبرنامج، (وذا) معطوف على مفعول أجاز، أي: وأجاز ذا مسافة يوم مرة، وهو قوله في «الموازية»: ومنع الجميع، وهو قوله في «مختصر ابن شعبان».

وحاصل ما ذكره في البرنامج، والساج، وذا مسافة يوم، ثلاثة أقوال؛ يفرق في المشهور فيجوز في البرنامج، وما على مسافة يوم، ويمنع الساج وهو مذهب «المدونة».

فرع: ولا يشترط في جواز البيع على الصفة أن يصفه غير البائع على ظاهر المذهب وأخذه جماعة من «المدونة».

ابن العطار: وبه العمل.

وفي «الموازية» و«العتبية» (١): اشترط ذلك لأن البائع لا يوثق بصفته، إذ قد يقصد الزيادة في الصفة لينفق سلعته.

وذكر المتيطي أن الشيوخ اختلفوا في تأويل «المدونة» على القولين، وجعل اللخمي وصاحب «المقدمات» (٢) ذلك شرطًا في جواز النقد.

اللخمي: ويشترط في البيع على الصفة أن يكون المشتري ممن يعرف ما وصف له.

ثُمَّ إِنْ صَحَّتِ الصِّفَةُ فَلا خِيَارَ.

أي: فإن اتفق المتبايعان، أو شهدت بينة عند اختلافهما أن المعقود عليه موافق للصفة التي وقع العقد عليها، لزم البيع ولا مقال لواحد منهما، ونبه به على خلاف أبي حنيفة، فإنه يرى الخيار للمشتري ولو وافقت الصفة.

والْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي.

أي: عند تنازعه مع البائع، هل صفة المبيع الآن هي التي وقع عليها التعاقد أم لا؟ والفرق بينه وبين ما تقدم من أنه إذا انعقد على رؤية متقدمة وتنازعا، فالقول قول البائع

---

(١) «البيان والتحصيل» (٧/ ٣٢٠).

(٢) «المقدمات» (٢/ ٨٣).

على الأشهر أن البيع في مسألة الرؤية معلق على بقاء صفة المبيع والأصل بقاؤها، فمن ادعى الانتقال فهو مدع وهو المشتري، بخلاف البيع على الصفة فإن الأصل عدمها وهو موافق لقول المشتري.

ويَرْجِعُ فِي كَوْنِهِ عَلَيْهَا لأَهْلِ الْمَعْرِفَةِ .

أي: إذا اتفقا على أن البيع وقع على الصفة واختلفا في المبيع، هل هو عليها أم لا؟ نظر أهل المعرفة ، فإن قالوا : إنه عليها لزمه، وإلا فلا.

وانظر هل يكتفي بواحد أو لابد من اثنين؟ وانظر إذا اختلف أهل المعرفة.

والأَعْمَى يَصِحُّ بَيْعُهُ وشِرَاؤُهُ بِالصِّفَةِ ، وَقِيلَ : إِلا الأَصْلِيَّ .

ذكر الأعمى في بيع الغائب؛ لكونه لما كان لا يبصر وإنما يشتري على الصفة شابه شراؤه شراء الشيء الغائب، والظاهر أن الصحة في الأعمى أظهر منها في بيع الغائب على الصفة، لأن الأعمى أعذر، إذ لا يمكن في حقه إلا ذلك.

فإن قيل: يمكنه التوكيل.

قيل: لا يمكنه ذلك في كثير من الصور.

وحاصل ما ذكره المصنف فيه: أنه إن تقدم منه إبصار صح بيعه وشراؤه اتفاقًا.

وإن لم يتقدم، فقال عبد الوهاب[1]: يصح بيعه وشراؤه، ومنع ذلك أبو جعفر الأبهري، هكذا نقل اللخمي.

ابن عبد السلام : وفي معنى من لم يتقدم له إبصار من تقدم له إبصار في سن الصغر حتى لا يتخيل الألوان، قال: وينبغي أن يكون الخلاف في الصفات التي لا تدرك إلا بحاسة البصر، وأما ما يدرك بغير ذلك فلا مانع، والأصلي: هو الأكمه.

والنَّقْدُ فِي الْغَائِبِ بِغَيْرِ شَرْطٍ جَائِزٌ .

أي: وبشرط لا يجوز؛ لأنه يؤدي إلى أن يكون تارة مبيعًا وتارة سلفًا، وهذه المسألة في النقد بشرط وجوازه بغيره المبيعُ على عهدة الثلاث، والأمة المتواضعة والمبيعُ على

(١) «الإشراف»(٢/ ٥٥٦)، و«التلقين»(٢/ ٥٥٦).

الخيار، والأرض المبيعة على المزارعة، ومسائل الجعل، وإذا اشترط في الأجير المعين والدابة المعينة أن تقبض منفعتها بعد شهر، وإنما جاز النقد مع عدم الاشتراط، لضعف التهمة.

وظاهر كلام المصنف ـ وهو ظاهر «المدونة»، على ما نص عليه عياض: أن نقد الثمن في الغائب بغير شرط جائز في كل شيء، وذهب ابن محرز إلى أنه يجوز التطوع في المثلي من المكيل والموزون، لأن الغائب إن هلك أو وجد على غير الصفة وانحلت العقدة رد مثله فلم يكن على أحد ضرر، بخلاف السلع والرباع فإنها قد تتغير فيردها ناقصة فيضر ذلك بالبائع، أو تهلك فيغرم المشتري قيمتها، فكأن البائع يدفعها على أنه إن سلمت الصفة كانت للمشتري وإن انحلت رد القيمة.

قال: ولو دفع العروض على أن البيع إن انحل رد مثلها جاز، ولو كان الثمن سكنى دار لم يجز نقدها بشرط ولا طوع.

وقال اللخمي: إنما يجوز النقد إذا كان الثمن مما يصح فرضه؛ لأن تعجيل الثمن بغير شرط فرض، فإن كان الثمن دارًا أو جارية أو جزافًا فلا يصح تعجيله.

قال: وإن تطوع المشتري بالنقد في هذا لم يصح البيع ويرجع بمثل ما دفع لا بقيمته؛ لأنه قرض فاستوى فيه المكيل والموزون والعبيد والثياب، ولو عجل الثمن على أن يرجع بالقيمة إن لم يجد المبيع لم يجز؛ لأنه بيع على قيمة مجهولة.

وإن لم يشترطا في حين التعجيل الرجوع بالقيمة ولا المثل وكانا يظنان أن الحكم الرجوع بالقيمة، حُمل على ذلك ويرجع بالقيمة ـ كالبيع الفاسد ـ إذا كان الثمن عبدًا أو ثوبًا . انتهى.

ابن راشد: وقوله : إذا تطوع المشتري بتعجيل ذلك فسد البيع.

وفيه نظر، وكيف يفسد البيع بشيء وقع منفكًا عنه، وإنما ينبغي أن يفسد القرض خاصة، فتأمله.

فَإِنْ شَرَطَ فِي الْعَقَارِ وشِبْهِهِ جَازَ وإِنْ بَعُدَ خِلافاً لأَشْهَبَ .

يعني: وإن وقع البيع في العقار وشبهه، والمراد بـ(وشبهه) الأشجار وعيون الماء، جاز شرط النقد ولو كان بعيد الغيبة.

الباجي[١] : وهو المشهور لغلبة الأمن فيها .

ونقل الباجي[٢] عن أشهب ما نقله المصنف، من أنه منع اشتراط النقد مع البعد، وإنما يجوز اشتراط النقد على المذهب إذا لم يشترها بصفة صاحبها، كذا روى أشهب عن مالك.

ابن رشد[٣] : وهو تفسير لما في «المدونة» وغيرها، والعقار بفتح العين ، **الجوهري**[٤]: الأرض والضياع والنخل ، ومنه قولهم : ما له دار ولا عقار .

تنبيه: وهذا الخلاف إنما هو إذا بيع العقار جزافاً ، وأما إن بيع مذارعة فلا يصح النقد فيها ، قاله أشهب في «العتبية»[٥] .

وكذلك قال مالك : من اشترى داراً غائبة مذارعة لم يجز النقد فيها ، وكذلك الحائط على عدد النخل .

قال مالك في «العتبية» : وضمانها من بائعها .

وفِيمَا قَرُبَ مِنَ الْحَيَوَانِ قَوْلانِ .

أي : وفي جواز شرط النقد فيه قولان ؛ قال في «المدونة» : ومن باع عروضاً ، أو حيواناً ، أو رقيقاً ، أو ثياباً بعينها خاصة حاضرة أو قريبة الغيبة مثل يوم أو يومين جاز ذلك ، وجاز النقد فيه بشرط .

والقول بالمنع لابن عبد الحكم .

وفِي قُرْبِهِ خَمْسَةُ أيَام، ويَوْمَانِ، ونِصْفُ يَوْمٍ، وبَرِيدٌ وبَرِيدَانِ .

أي : وفي حد القريب .

وكان ينبغي أن يقول : يوم ونحوه ، فإنه كذلك روي عن مالك في «المدونة» ، والقول باليومين مذهب «المدونة» كما تقدم، ونصف اليوم نقله ابن شاس[٦] ولم يعزه ، ولعله راجع إلى البريد .

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٢٨٦) .
(٢) «المنتقى» (٦/ ٣٦٣) .
(٣) «المقدمات» (٢/ ٨٣) .
(٤) «الصحاح» (١/ ٤٨٥) .
(٥) «البيان والتحصيل» (٧/ ٣٢٥) .
(٦) «الجواهر» (٢/ ٣٤٩) .

والقول بالبريدين لمالك أيضا ـ والبريد: اثنا عشر ميلا ـ ونقل اللخمي عن ابن وهب: أنه كره النقد في الطعام وإن كان على نـصف يوم ، قال : لأنه يسرق ويفسد بالمطر إلا أن يكون قريباً جدا.

وفِيمَا قَرُبَ مِنْ غَيْرِهِمَا الْجَوَازُ بِاتِّفَاقٍ .

أي : غير الحيـوان والعقار ، واتفقا هنا على جواز اشتـراط النقد دون الحيوان ؛ لأن الأمن في العروض أقوى منه في الحيوان .

ابن راشـد: وما ذكره من الاتفاق لا يصح ، فـقد قال ابن رشد [1] : وأما النـقد في السلعة الغائبة بالشرط فلا يجوز في بعيد الغيبة ، واختلف قول مالك في قريب الغيبة .

وفِي ضَمَـانِ الْغَائِبِ بَعْدَ العَـقْدِ، ثَالِثُـهَا: مِنَ الْبَائِعِ إِلا أَنْ يَشْـتَرِطَهُ ، ورَابِعُهَـا: إِنْ كَانَ عَقَاراً فَمِنَ الْمُشْتَرِي...

احـتـرز بـ (**بَعْـدَ الْعَـقْـدِ**) من ضمانه قـبله فهو من البائع اتفـاقاً ، حكاه صاحب «البيان»[2] و«المقدمات»[3] .

وظاهر كلامه أن **الأول** من الأربعة : الضمان من البائع ولو اشترطه على المشتري .

والثاني : عكسه .

والثالث : أنه من البائع إلا أن يشترطه على المشتري .

والـرابـع : الفرق ، ففي العقار من المشتـري ولو اشترطه ، وفي غيره من البائع ولو اشترطه على المشتري .

ابن عبد السلام: ولا وجود للأولين في المذهب أصلاً، وتردد في الرابع، قال : والذي حكاه الناس أن مالكاً قـال أولاً : إن الضمان من المشـتري إلا أن يشتـرطه على البائع، ثم رجع إلى العكس أنه من البائع إلا أن يشترطه على المشتري ، وهو الذي في «المدونة»[4].

---

(١) «المقدمات» (٢/ ٨٣) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٧/ ٤٢٨) .

(٣) «المقدمات» (٢/ ٧٦) .

(٤) «المدونة» (٣/ ٢٦١) .

ثم هل القولان في الرباع، أو الرباع من المشتري اتفاقا؟ طريقان، والثانية لابن حبيب.

وألحق بالعقار أيضاً ما قرب في أن ضمانه من المشتري باتفاق .

والصواب أن له قولاً في الرباع بأن ضمانها من البائع . وقد يجاب بأن الأول ؛ وهو أن الضمان من البائـع مطلقاً قد أقامه اللخمي من «العـتبية»[١] ، فـقال : واخـتلف على القول بأن المصيبة من البائع هل يجوز أن يشترطها من المشتري ؟

فأجازه في «المدونة» ، وقال فـي «العتبية»: لا يجوز بيع الطعـام على شرط إن أدركته الصفة ، مثل الزرع القـائم إذا يبس واستحصد ورآه بمنزلة من اشترى ما فـيه عقد إجارة ؛ لأن الإجارة تمنع من التصرف في الحاضر كمنع التصرف للغيبة .

وأما الثاني : على ظاهره من أنه من المشتري مطلقاً ، فهو متعذر الوجود ، لكن يمكن أن يقدر على أنه من المشتري إلا أن يشترطه على البائع ، عكس الثالث .

وأمـا الـرابع : فهو لمالك في «الموازية» ، فـفيها : وقال أيضـاً : الديار والعقار من المشتري وما سوى ذلك من البائع .

وهذا هو الذي يؤخذ من كلام المصنف لا على ما زاده ابن عبد السلام فيه .

فرع:

واختلف إذا لم يشترط أحدهما على الآخر الضمان ثم أراد أن يشترطه على الآخر بعد العقد ؛ فقولان : بالجواز والمنع .

واستشكل اشتـراط نقل الضمان من أحدهما إلى الآخر ، فـإنه ضمان بجعل؛ لأن له حصة من الثمن.

وأجـيب : بأنه إنما اشتـرط كل واحـد منهمـا على صـاحبـه مـا يلزمه على قـول ، وحاصله: مراعاة الخلاف .

تنبيه:

وهذا الخلاف إنمـا هو إذا لم يكن في المبيع حق توفـية، وأمـا إن بيعت الدار مـذارعة فالضمان من البائع بلا إشكال .

---

(١) «البيان والتحصيل» (٧/ ٤٢٨) .

وعَلَى تَضْمِينِ الْمُشْتَرِي لَوْ تَنَازَعَا، فَقَوْلَانِ لِتَعَارُضِ أَصْلَي السَّلَامَةِ وانْتِفَاءِ الضَّمَانِ .

أي : إذا فرعنا على تضمين المشتري فتنازعا في أن العقد صادفها باقية ، أو هالكة ، أو سالمة ، أو معيبة ، فقال ابن حبيب : ضمانها من المشتري .

وذكر اللخمي : أنه مثل قول ابن القاسم في «كتاب محمد» ، بناء على أن الأصل السلامة إلى حين العقد .

وقال ابن القاسم في «المدونة»(١) : ضمانها من البائع .

ولو قال المشتري : لا أعلم متى ماتت ، فلا يمين على المشتري ، بناء على أن الأصل انتفاء الضمان عن المشتري فلا ينتقل إلى ضمانه إلا بأمر محقق .

وهكذا كان شيخنا وغيره يمشون هذا المحل ، وكذلك مشاه ابن راشد ، وهو أولى مما قاله ابن عبد السلام .

ولو تنازعا في الثمن فطلب البائع تعجيله وطلب المشتري التأخير ، فهل يكون القول قول البائع ويجبر له المشتري وهو قول أبي بكر بن عبد الرحمن ، أو لا وهو قول أبي عمران وابن محرز وابن القصار .

وقد نبه ابن القصار على الخلاف في ذلك ، وذكر أن الصحيح من مذهب مالك فيما اختاره أبو عمران إلا أن يشترط ذلك في العقد .

واستشكل ابن عبد السلام ـ رحمه الله ـ على ما فهمه منشأ الخلاف المذكور ، واعترض عليه أيضاً بناء على ما فهمه بما حاصله : أن هذا الخلاف الذي بين أبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران إنما هو في العقار ، وأما في غيره فلا يلزم نقد الثمن باتفاق .

وقال المصنف : وعلى تضمين المشتري؛ لأنا لو بينا على تضمين البائع لكان الضمان منه بلا إشكال .

فرع:

ذكر اللخمي: أن من اشترى غائبا فعليه أن يخرج لقبضه ولا يكون على البائع أن يأتي به .

ويَحْرُمُ الْفَضْلُ والنَّسَاءُ فِيمَا يَتَّحِدُ جِنْسُهُ مِنَ النُّقُودِ، ومِنَ الْمَطْعُومَاتِ الرِّبَوِيَّةِ، فَلابُدَّ

(١) «المدونة» (٣/ ٢٦٤) .

مِنَ الْممَاثلةِ والْمنَاجزَةِ...

لما قـدم الكلام على أركان البـيع أتبع ذلك بشـروط وموانع ليـست عامـة في جمـيع المبيعات .

والفضل : الزيادة .

والنساء : ممدود مهموز التأخير ، نقله الجوهري(١) وغيره .

وحــاصله : أنه إن اتحد الجنس من النقود أو المطعـومات الربوية دخل ربا الفضل فلا يجوز شيء منها بأكثر منه ، وربا النساء فلا يجوز شيء منها ولو بمثله نسيئة .

وقوله : (فَلا بُدَّ مِنَ الْمُمَاثَلَة) أي : لينتفي ربا الفضل والمناجزة ، لينتفي ربا النساء .

وَيَحْرُمُ النَّسَاءُ خَاصَّةً فِيمَا يَخْتَلِفُ مِنَ النُّقُودِ ومِنَ الْمَطْعُومَاتِ كُلِّهَا .

أي : ويحرم التأخـير فقط فيـما اختلف نوعه من النقـود كالذهب والفضة ، وفـيما يختلف من المطعـومات كلها ؛ أي : لا يختـص ربا التأخير بالربوي ، بل لا يجـوز طعام بطعام إلى أجل ؛ سواء كانا ربويين أو لا .

ولا بد من إثبات (من) في قوله : (ومِنَ الْمَـطْعُومَاتِ) كما فعله ؛ لئـلا يتوهم تحريم النساء بين النقـود والمطعومات، والأصل فيـه ما في «مسلم» عن عبادة بـن الصامت ، قال النـبي ﷺ: « **الذهب بالذهب ، والفضة بالفضـة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعـير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلاً بمثل ، سواء بسواء ، يداً بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد**» .

النُّقُودُ الْعِلَّةُ غَلَبَتُهَا فِي الثَّمَنِيَّةِ، وقِيلَ: الثَّمَنِيَّةُ وعَلَيْهما فِي الْفُلُوسِ، ثَالِثُهَا: يُكْرَهُ..

نحوه في «الجواهر» (٢) .

والمراد بالنقود : الذهب والفضة على أي صفة كانا ، مسكوكين أو مصوغين أو لا .

واختلف في العلة ؛ فقيل : الثمنية، أي : مطلق الثمنية من غير تقييد بالغلبة، أي : مطلق التعامل من غير اعتبار الغلبة ، وعليه فيدخل الربا في الفلوس .

---

(١) «الصحاح» (٢/ ١٢٠) .

(٢) «الجواهر» (٢/ ٣٥٣) .

وقيل : الغلبة في الثمنية ؛ أي : كونها أصول الأثمان غالباً فلا تدخل الفلوس .

وإلى هذا أشار بقوله : (**وعَلَيْهِما فِي الْفُلُوسِ، ثَالِثُهَا: يُكْرَهُ**) أي : للتوسط بين الدليلين ، وجعل قول مالك فيها الكراهة .

وما ذكره المصنف هنا من أن العلة هل هي الثمنية ، أو الغلبة فيها أولى من قول من قال : إن القول بعدم جريان الربا في الفلوس مبني على أن الربا في الذهب والفضة غير معلل ، بل معلق بما يسمى ذهباً وفضة ؛ لأن المازري أنكره ونقل اتفاق العلماء على تعليل الحكم هنا ، وإنما اختلفوا في العلة .

والمُفَارَقَةُ اخْتِيَاراً تَمْنَعُ الْمُنَاجَزَةَ، وقِيلَ: إلا الْقَرِيبَةَ .

المشهور الأول .

وقد قال مالك في «المدونة»[1] في الذي يصرف ديناراً من صيرفي فيدخله تابوته ثم يخرج الدراهم : لا يعجبني، وإذا قال هذا في هذا التأخير اليسير فما بالك بغيره .

وقوله : (**وقِيلَ: إلا الْقَرِيبَةَ**) ليس هذا القول على إطلاقه ، بل مقيد بما إذا كانت المفارقة القريبة بسبب يعود بإصلاح العقد ، كما لو فارقه بالحانوت أو الحانوتين لتقليب ما أخذه أو وزنه ، وهو مذهب «الموازية» و«العتبية» .

وحمله اللخمي على الخلاف كالمصنف، وتأوله صاحب «البيان»[2] على الوفاق ، فقال : وقد قيل: إن ما في «العتبية»[3] مخالف لما في «المدونة» وليس هو عندي خلافاً ؛ لأنهما في مسألة «المدونة» قاما بعد عقد التصارف وقبل التقابض من مجلس إلى مجلس ولا ضرورة تدعو إلى ذلك .

ومسألة «العتبية»[4] إنما قاما فيها بعد التقابض للضرورة .

وفِي الْغَلَبَةِ قَوْلانِ .

---

(١) «المدونة» (٣/ ٦) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٦/ ٤٨٠) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٦/ ٤٨١) .

(٤) «البيان والتحصيل» (٦/ ٤٨١) .

أي: وفي الفرقة الواقعة بين المتصارفين بسبب الغلبة من أحدهما أو من غيرهما قولان:

أحدهما : أنها كالاختيار فيفسد .

والثاني : أنها لا تفسد .

البـاجي[١] : والظاهر من المذهب فساد البيع إذا غلب أحـدهما على الفرقة، والقول بعدم الفساد لمالك في «العتبية» و«الموازية»: ففيـهما : إذا اشترى قوم قلادة من ذهب وفيها لؤلؤ فلم ينقدوا حتى فصلت القلادة وتقاوموا اللؤلؤ وباعوا الذهب ، ثم أرادوا نقض البيع لتأخر النقد ، قال : لا ينقض لأنه على النقد ولم يرض بتأخيره، وإنما هو رجل مغلوب .

وتأول أبو بكر بن عبد الرحمن هذه الرواية على أن الذهب فيها يسير تابع للحجارة ، وأما إن كانت الحجارة يسيرة والذهب كثير فيفسخ البيع .

ابن يونس: وفيه نظر ؛ لأنه لو كانت العلة ما ذكر لبينها مالك وابن القاسم ، وإنما لم يبطله مالك ؛ لأن البـائع مغلوب ـ كما ذكر ـ واتـهم المشتري على قصد البـطلان فعوقب بنقيض قصده .

ابن عبد السلام: والنفس أميل إلى عدم الفساد .

وذكر اللخمي الخلاف في الغلبة ، سواء غلبا معا أو غلب أحدهما .

وجعل ابن شاس[٢] ذلك خلافا مركبا، هل يصح إذا غلبا معا أم لا ؟ وعلى البطلان فيما إذا غلبا ، فهل يبطل إذا غلب أحدهما ، قولان .

قال : والصحيح في الصورتين ما اختار أبو بكر .

ولَوْ وَكَّلَ فقَوْلانِ .

هذه المسـألة وقـعت فـي بعض النسخ ؛ أي : وكل على الـقـبض وهو ظاهر ، ولا إشكال في الجواز إذا وكله على العقد والقبض ، كما لو تولاهما بنفسه .

أما إذا تولى في أحدهمـا ووكل في الآخر ولم يغب ، وليس فيها إلا أن العـاقد غير القابض ، فذكر المصنف قولين ، وظاهرهما الجواز والمنع .

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٢٥٦) .

(٢) «الجواهر» (٢/ ٣٦١) .

وأضاف المازري إلى ابن القاسم أنه قال : لا خير فيه، قال : وأمضاه أشهب إن وقع، وقال : يفسخ إذا افترقا قبل قبض الوكيل .

وقال ابن وهب : لا بأس به .

قال : وبعض الشيوخ ينسب لابن القاسم أن من شرط صحة الصرف أن يكون العاقد هو القابض ، وغيره إنما يشتـرط في صحته حصول القبض على الفور فقط من غـير اعتبار كون العاقد هو القابض .

وَلَوْ وَكَّلَ فِي الْقَبْضِ وَغَابَ ، فَالْمَشْهُورُ الْمَنْعُ .

يـعنـي : ولو وكل أحد المتصارفين بعد انعقـاد الصرف على قبض ما وجب له وغاب الموكل ، فالمشهور المنع .

ابن عبد السلام : وهو ظاهر الروايات ، ونص عليه أشهب .

وحمل اللخمي مـا وقع في المذهب من المنع على الكراهة ، وهو وإن كان ظاهراً من جهـة الدليل ـ لأن المناجزة المـطلوبة قد حصـلت ولم يقم دليل على اشتـراط اتحاد العـاقد والقابض ـ لكن ظاهر الروايات يأباه .

المازري : ولا خلاف في المذهب منصوص في النهي عن ذلك وفسخه إن وقع .

لكن بعض أشياخي يحمل المنهي عن ذلك على الكراهة ، وعلى هذا فـمقابل المشهور من كلام المصنف هو قول اللخمي، والله أعلم .

وفِي غَيْبَةِ النَّقْدِ، الْمَشْهُورُ: الْمَنْع .

يمكن حمله على مسألة التسلف ، ويرد هذا الوجه أن هذه المسألة ستأتي .

وحمـله ابن عبـد السلام على أن المجـرور معطوف على المجـرور في الكلام الأول ؛ أي: ولو وكل في غيـبة النقد ، قـال : ولكن ذكره للأولى مغـن عن هذه ؛ لأنه إذا امتنع التوكيل مع حضور النقد على المشهور فأحرى مع غيبته .

ابن عـبـد السـلام: ولا يصح حملها عـلى الوديعة ؛ لأنه سيتكلم عليـها بعد ذلك ، وحمله بعضهم على أنه قاعدة لما بعدها من الفروع المشتملة على غيبة النقد .

ورد بأن الفروع التي بعده مختلفة في المشهور كما سيأتي .

والأقرب هنا ما قاله بعضهم من حمله هنا على ما إذا كان النقد غائباً عن موضع العقد غيبة قريبة كداره وحانوته ، وفيهما قولان ـ كما ذكر ـ مشهورهما المنع .

ورد بأن مذهب «المدونة»(١) في هذا الكراهة ، ففيها : وأكره للصيرفي أن يدخل الدينار تابوته أو يخلطه ثم يخرج الدراهم ، ولكن يدعه حتى يزن الدراهم فيأخذ ويعطي .

وقد يقال : البعد في الدار والحانوت أكثر من البعد في إدخال الصيرفي الدينار التابوت فلا يكون ما في «المدونة» مخالفاً .

وَفِي الْمُوَاعَدَةِ مَشْهُورُهَا : الْمَنْعُ .

أي : في المواعدة على الصرف ثلاثة أقوال : المنع ، والجواز ، والكراهة .

ابن راشد: والمنع ظاهر المذهب .

ابن عبد السلام: وهو المشهور ؛ لأن فيها : ولو قال له المبتاع: اذهب بنا إلى السوق بدراهمك فإن كانت جياداً أخذتها منك كذا وكذا درهما بدينار، لم يجز ، ولكن يسير معه رعلى غير مواعدة .

ابن راشد: وهو عندي نص في المنع .

وكذا قال ابن بشير : الكراهة محمولة على «المدونة» وظاهرها المنع .

ونسب اللخمي الكراهة لمالك وابن القاسم ، وصرح المازري بأنها المشهور من المذهب، والجواز لابن نافع وابن عبد الحكم ، والمنع لأصبغ .

أصبغ: ويفسخ إن وقع ، وقاله ابن القاسم في سماع أصبغ .

وقال في سماع يحيى : إن وقع لم يفسخ .

اللخمي: ورأى أصبغ أن الصرف فاسد ، وقاسه على المواعدة في العدة ؛ لأن كليهما مبايعة، واستبعد ابن عبد السلام التحريم .

واستحسن اللخمي الجواز ، وفرق بين هذا والمعتدة ؛ بأن المعتدة إنما منعت مواعدتها خيفة أن تكون حاملاً حفظاً للأنساب، وأجاز [ابن مناس](٢) هنا التعريض ، وهو صحيح؛

---

(١) «المدونة» (٣/٦) .

(٢) في ط : ابن شاس .

لأنه إذا جاز التعريض في النكاح فهو هنا أولى .

والتَّأْخِيرُ كَثِيراً كَالْمُفَارَقَةِ .

يـعـنـي : أن طول المجلس بعد التعاقـد وقبل التقابض مثل المفارقـة ؛ يعني : اختياراً بالأبدان في إفساد الصرف ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : «**إلا هاء وهاء**»[١] .

يعْنِي: وَفِي الْخِيَارِ، الْمَشْهُورُ: الْمَنْعُ.

أي : المشهور منع عقد الصرف على الخيار ، والشاذ الإجازة وهو لمالك في «الموازية» ؛ لأن فيها : في رجل اشترى سـواري ذهب بمائة درهم على أن يذهب بهما إلى أهله ، فإن رضوهما رجع فاستوجبهما ، قال: أرجو أن يكون هذا خفيفا .

محمد وغيره : هذا من قول مالك .

البـاجي[٢] : وتحتمل هذه الرواية أن يكون المراد بها المواعدة وتقرير الثمن دون عقد ، ولذلك قال : إن رضيهما أهله رجع فاستوجبهما ، فذكر أن الإيجاب لم يقع بعد وإنما كان ذلك على سبيل تقرير الثمن إن رضيهما أهله .

المـازري : وهذه الرواية وإن كان فيها احتمـال ، لكن ما نقله ابن شعبان من اختلاف قول مالك بالإجازة والمنع عليه يعول في نقل الخلاف في المذهب .

وصرح الباجي[٣] والمازري بالمشهورية كالمصنف .

وبنى المازري الخـلاف على الخلاف المعلوم في عـقد الخـيار هل هو منحل أو منـبرم؟ وهكذا حكى ابن شاس[٤] هذا الخلاف ، وقال في «المقدمات»[٥] : لا خلاف أن الصرف فاسد سواء كانا جميعاً بالخيار أو أحدهما ؛ لعدم المناجزة بينهما بسبب الخيار .

والصَّرْفُ فِي الذِّمَّةِ ، وصَرْفُ الدَّيْنِ الْحَالِّ يَصِحُّ خِلافًا لأَشْهَبَ .

قال شيـخنا ـ رحمه الله ـ : إن جعلنا قوله : (**والصَّرْفُ فِـي الذِّمَّةِ**) ترجمة كما في

(١) تقدم تخريجه.

(٢) «المنتقى» (٦/ ٢٥٦) .

(٣) «المنتقى» (٦/ ٢٥٧) .

(٤) «الجواهر» (٢/ ٣٥٥) .

(٥) «المقدمات» (٢/ ٢٧) .

بعض النسخ فلا إشكال ، وإن أثبتنا الواو فصرف ما في الذمة تطارح ما في الذمتين ، وهو أن يكون لواحد على الآخر دنانير وللآخر عليه دراهم فيتصارفان بما في ذمتهما ، وصرف الدين الحال إذا كان من جهة واحدة فالمعروف من المذهب جوازه .

قال في «الجواهر»[١] : وحكى المتأخرون عن أشهب الإبطال فيه .

ومقتضى كلام المصنف : أن أشهب ـ رحمه الله ـ يخالف في المسألتين ، وبذلك صرح ابن راشد، وهو ظاهر ؛ لأنه إذا منع أشهب فيما إذا كان الدين من أحدهما فأحرى إذا كان من جهتهما .

وقد نقل في «الإكمال»[٢] عن مالك وأصحابه جواز المسألتين ؛ أعني : إذا صرفا ما في ذمتهما أو في ذمة أحدهما.

وهكذا مشى ابن راشد وغيره هذا الموضع، وهو الذي يؤخذ من كلامه في «الجواهر»[٣].

وطول ابن عبد السلام هاهنا بما ليس فيه كبير فائدة للفقيه .

الْمُؤَجَّلُ، الْمَشْهُورُ: الْمَنْعُ .

أي : وصرف الدين غير الحال يمتنع على المشهور ، بناء على أن المعجل لما في الذمة يعد مسلفاً ، وإذا حل الأجل يقتضي من نفسه فلم يحصل التناجز ، وعلى الشاذ بالبراءة يجوز الصرف هنا .

فَإِذَا تَسَلَّفَا أَوْ أَحَدُهُمَا وطَالَ بَطَلَ اتِّفَاقًا، وإِنْ لَمْ يَطُلْ صَحَّ خِلافًا لأَشْهَبَ .

هذه المسألة يلقبونها بالصرف على الذمة .

قال في «التهذيب»[٤] : وإن اشتريت من رجل عشرين درهماً بدينار وأنتما في مجلس، ثم استقرضت أنت ديناراً من رجل إلى جانبك واستقرض هو الدراهم من رجل إلى جانبه ، فدفعت إليه الدينار وقبضت الدراهم ، فلا خير فيه، ولو كانت الدراهم معه

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٥٦) .
(٢) «الإكمال» (٥/ ٢٦٣) .
(٣) «الجواهر» (٢/ ٣٥٦) .
(٤) «تهذيب المدونة» (٣/ ٩٤) .

واستقرضت أنت الدينار ، فإن كان أمراً قريباً كحل الصرة ولا تبعث وراءه ولا تقوم لذلك جاز ، ولم يجزه أشهب .

والحـاصـل منه : أنهما إن تسلـفا ، فاتفق ابن القاسم وأشهـب على الفساد ؛ لأن تسلفهما مظنة الطول فلا يجوز وإن لم يطل ؛ لأن التعليل بالمظان لا يختلف الحكم فيه عند تخلف العلة كالقصر في الصلاة للمملوك .

ابن راشد : وإن تسلف أحدهما وطال فكذلك ، وإن لم يطل فالخلاف .

وعلى هذا ففي كـلام المصنف مناقشة ؛ لإيهامـه أن خلاف أشهب جار في تسلفـهما معاً، إلا أن يجعل قوله: (وطَال) قيد في تسلف أحدهما .

واختلف الشيوخ هل الخلاف في تسلف أحدهمـا مقيد بما إذا لم يعلم الذي عقد على ما عنده أن الآخر لم يعـقد على ما ليس عنده ، وأما إن علم ذلك فـيتفق على البطلان أو الخلاف مطلقا علم أو لم يعلم ؟ على طريقين حكاهما المازري .

والْمغَصُوبُ الْغَائِبُ إِنْ كَانَ مَصُوغًا، فَالْمَشْهُورُ: الْمَنْعُ .

وجه المشهور : أنه متعين فيقع الصرف من غير قبض في الحال .

ووجه الجواز : كونه في الذمة فأشبه الحاضر ، هذا معنى كلام المصنف .

ابن عبد السلام : وقال غيره : إن علم وجود المغصوب حين التعاقد فالقولان ، وهما جاريان على صـرف الوديعة الغائبـة عن موضع التعاقـد ، وإن لم يعلم وجوده حينئـذ فلا تجوز المصارفة عليه ؛ لاحـتمال أن يكون قد تلف فيلزم الغاصب القيمـة والمصارفة بجنسها فيؤدي إلى التفاضل .

فَإِذا ذَهَبَ فَعَلَى خِلاف صَرْفِ الدَّينِ ؛ لأَنَّهُ يَضْمَنُ قِيمَتَهُ أَوْ زِنَتَهُ .

أي : فإن ذهب هذا المصوغ ووجب ضمانه على الغاصب، جازت المصارفة عليه حينئذ على المشهور في جواز صرف ما في الذمة، ثم ينظر فيما يتعلق بذمة الغاصب هل قيمته أو مثله، والمشهور القيمة؛ بناء على أن الشيء إذا كـان مثليا ثم دخلت فيه صنعة ، هل يصير من المقومات أو المثليات كالغزل؟

قال شيخنا ـ رحمه الله ـ: وصرفه على القولين مشكل؛ لأنا إذا قلنا بالقيمة، فقد يكون وزنه خمسة دنانير ويساوي الآن مائة وعشرين لصنعـته وصرف الدينار عشرين، فيأخذ ستة

عن خمسة وهو ربا فضل ونساء.

وإن قلـنا: يأخذ مثله كسوار مثلاً، فإنه يأخذ عن ذهب فضة أو بالعكس وذلك صرف مستأخر.

ودلـيلـه: أنهم قالوا فيمن استهلك طعامًا فـلا يأخذ عنه طعامًا من غير جنسه، إذ هو طعام بطعام إلى أجل فاعرفه.

فَإِنْ بقِيَ عَلَى حَالِ خِيَـارِ أَخْذِ الْعَيْنِ أَوِ التَّضْمِينِ، فَعَلَى خِلافِ إِحْـضَارِ الْعَيْنِ وخِلافِ صَرْفِ الدَّيْنِ...

أي: فإن لم تذهب عينه بالكلية، ولكنه تعيب عيبًا يوجب لصاحبه الخيار في أخذه أو تضمينه الغاصب، وإن اختار أخذه فإن أحضره ثم صارفه عليه جاز اتفاقًا، وإن لم يحضره فالمشهـور المنع، وإن اختار أخذ القـيمة فهي دين له في ذمـة الغاصب، فإن أراد مصـارفته عليها جاز على المشهور.

وقال في «الجواهر» (١) : والمشهور جار على أن من خير بين شيئين لا يعد منتقلاً، بل يعد كأنه لم يستحق غير ما اختار، وأما إن عددناه منتقلاً فلا يجوز صرف أحدهما.

فَإِنْ كَانَ مَسْكُوكًا، فَالْمَشْهُورُ: الْجَوَازُ

هذا قسيم قوله: **(مصوغ)** أي: وإن كان المغصوب مسكوكًا، فالمشهور: جواز صرفه، وفي معناه ما لا يعرف بعينه من المكسور والتبر.

قَالَ الْباجِيُّ: بنَاءً عَلَى أَنَّ النُّقُودَ لا تَتَعَيَّنُ .

أي: أن الباجي أجـرى القولين في إجازة الصرف ومنعـه على القولين في أن الدراهم والدنانير هل تتـعين أم لا؟ فمن رأى عدم التعيين أجـاز؛ لأنها حينئذ تتـعلق بذمته وإبراؤه منها قبض .

وإن قلنا : تتعين، امتنع كما في المصوغ.

وردَّهُ ابْنُ بَشيرٍ بأَنَّ الْمَشْهُورَ: تَتَعيَّنُ، وبالاتِّفَاقِ فِي ذَوي الشُّبُهَاتِ .

أي: رد ابن بشير كلام الباجي بوجهين.

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٥٨) .

أحـدهمـا: أن الدراهم والدنانير في الصرف تتعين على المشـهور فكيف ينبني المشهور على الشاذ.

والثاني: أنهم اتفقوا أنها تتعين بالنسبة إلى من كان ماله حرامًا أو كان في ماله شبهة، فإذا أراد من هو من أهل الخيـر أخذ عين دنانيره ودراهمه من الغـاصب الذي ماله حرام أو فيه شبهة مكن من ذلك اتفاقًا.

ويكون وجه الرد عـلى الباجي من هذا الوجه: أنـه بنى المشهور على وجـه اتفق على عدمه.

ونبه المصنف بالأدنى وهو ذو الشبهة، على الأعلى وهو من كان ماله حرامًا.

وما حكاه المصنف عن ابن بشير تبع فيه ابن شاس وليس هو في تنبيهه، فلعلهما اطلعا على ذلك في غيره.

وانظر الاتفاق الذي حكاه المصنف مع قول ابن الجلاب [١].

ومن غصب دراهم فوجدها ربها بعـينها فأراد أخذها وأبى الغاصب أن يردها وأراد رد مثلها، فذلك للغاصب دون ربها، قاله ابن القاسم.

فائدة: الدراهم والدنانير تتعين في ذوي الشبهات على المشهور، نقله ابن عبد السلام، وتتعين في باب الصرف على المشهور حرصًا على المناجزة، نقله ابن بشير.

وكذلك نـقل صاحب «المقـدمات» [٢]، فقال: مـذهب مالك وجمهـور أصحابه في الصرف أنها إن عينت تعينت، وإن لم تعين فإنها تعين إما بالقبض أو المفارقة.

وحكى المازري الاتفاق على أنها تتعين بالمفارقة، وقال ابن القصار: الظاهر من المذهب أنها لا تتعين.

المــازري: وفي كونه الأظهـر نظر؛ لأن في «المدونة» ما يدل على اختـلاف قول ابن القاسم في هذا، ففي السلم: أنهـا لا تتعين؛ لأن فيه: إذا أسلمت إليه في طعـام أو غيره ثم أقـالك قبل التـفـرق ودراهمك في يده فـأراد أن يعطيك غيـرها، فـذلك له وإن كنت

(١) «التفريع» (٢/ ٢٧٩).

(٢) «المقدمات» (٢/ ١٧).

اشترطت استرجاعها بعينها.

وفي كتاب كراء الرواحل: من اكترى بدنانير معينة ولم يشترط النقد ولا كانت العادة النقد، فإن ذلك لا يجوز إلا بشرط الخلف.

وقال أشهب: لا يفتقر إلى هذا الشرط، والحكم يوجب الخلف، فهذا من ابن القاسم ذهاب إلى أنها تتعين؛ لأنه لم يلزم خلفها إذا ضاعت إلا بالاشتراط.

وبعض أشياخي يشير إلى أن المذهب على ثلاثة أقوال: التعيين، وعدمه، والثالث: يتعين في جانب المشتري دون البائع.

فالأولان مبنيان على الخلاف في الوفاء باشتراط ما لا يفيد، ورأى في الثالث: أن المشتري إذا اشترط التعيين كان له غرض صحيح في اشتراط تعيينها، لأنه يمكن ألا يكون عنده سواه فيشترط تعيينها لئلا يكلف خلفها إن ضاعت، بخلاف البائع فإنه لا يظهر لاشتراطه فائدة. انتهى.

وعَلَّلَهُ بأَنَّ الأَصلَ تَعَلُّقَهَا بالذِّمَّةِ ولا تُعْرَفُ بعَيْنِهَا.

لما رد ابن بشير توجيه الباجي ذكر هو توجيهًا حاصله: أنه وإن قلنا: إنها تتعين، فهي مضمونة بوضع اليد عليها ولا تعرف بعينها، وإذا كانت لا تعرف شابهت الدين، والمشهور جواز صرفه.

ولا يريد ابن بشير أن كل واحد منهما علة مستقلة، وإلا لزم جواز صرف المصوغ لتعلقه بالذمة بوضع اليد.

والرَّهْنِ، والْعَارِيَة، والْمُسْتَأجَرِ، والْوَدِيعَةِ إِنْ كَانَ مَصُوغًا فكَالمَغْصُوبِ، وإِنْ كَانَ مَسْكُوكًا، فَالْمَشْهُورُ: الْمَنْعُ...

قوله: (فكَالمَغْصُوبِ) يعني: إما أن يبقى على حاله أو يتلف، أو يبقى على حال خيار كما في المغصوب، غير أن الوديعة لا ضمان فيها وكذلك المستأجر.

فمعنى (فكَالمَغْصُوبِ) أنه إذا كان حاضرًا جاز، وإن كان غائبًا فالمشهور المنع، وإن وجبت القيمة جاز على المشهور.

قوله: (وإِنْ كَانَ) أي: الغائب مسكوكًا، فالمشهور: المنع، والفرق بين هذه المواضع والمغصوب: أنه في هذه غير متعلق بالذمة ولم يزل في ملك ربه، والمغصوب قد تعلق بذمة

الغاصب بوضع يد العداء عليه، فلذلك تعاكس المشهور.

وظاهر قوله : (وَإِنْ كَانَ مَسْكُوكًا) يقتضي أن المسكوك تتصور فيه الإجارة والعارية.

وقد قال المصنف في الإجارة: المشهور منع إجارتها، وقيل: إن لازمها ربها صح، وقال في العارية: لا تصح إعارة الدنانير والدراهم وأن إعارتها قرض.

ويجاب عنه: بأن هذا من باب صرف الكلام لما يصلح له وحذف ذلك للعلم به، ولما سيأتي ، وشهرته عند طلبة العلم.

وكلامه في «الجواهر» (١) أحسن من كلام المصنف؛ لأنه لم يرد عليه هذا؛ لأنه قال بعد ذكر مسائل: المسألة الرابعة صرف المرهون، فإن كان مصوغًا ففيه قولان؛ المنع حتى يحضر، والجواز نظرًا إلى مكان التعلق بالذمة، وإن كان مسكوكًا فأجيز في رواية محمد ومنعه ابن القاسم.

والجواز لإحدى علتين: حصول المناجزة بالقبول، والالتفات إلى إمكان التعلق بالذمة فأشبه المغصوب، إذ هو على الضمان إن لم تقم بينة على تلفه، وقولان إن قامت، والمنع نظرًا إلى الحال وهو على ملك ربه، وإنما يقبضه لنفسه عند حضوره فأشبه صرف الغائب.

الخامسة: صرف الوديعة، وفي الكتاب المنع منه.

وروى أشهب الجواز في المسكوك منها، واختلف في تعليله على طريقين:

إحداهما: أنه مبني على أن يعقد المودع التسلف ثم يصارف ، قاله الباجي (٢)، قال الباجي(٣): ويجب على هذا ألا يجوز في الحلي باتفاق.

والطريق الثانية: النظر إلى حصول المناجزة بكمال القول والشيء تحت يده، فعلى هذا يجري الخلاف في المصوغ، وقد ظهر تعليل المنع بما قدمناه في المرهون.

فرعان:

أحدهما: العارية وحكمها حكم الرهن، قاله الباجي(٤)، قال بعض المتأخرين: وهو

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٥٩) .

(٢) «المنتقى» (٦/ ٢٣٩) .

(٣) «المنتقى» (٦/ ٢٣٩) .

(٤) «المنتقى» (٦/ ٢٣٩).

ظاهر.

الثاني: المستأجر وحكمه حكم الوديعة. انتهى كلامه في «الجواهر»[١].

والصَّرْفُ عَلَى التَّصْدِيقِ فِي الْوَزْنِ والصِّفَةِ مُمْتَنِعٌ خِلافًا لأَشْهَبَ.

أي: إذا تصارفا وصـدق أحدهما أو كل منهمـا الآخر في الوزن أو الصفة، فـالمشهور المنع، وعلل بمراعاة الطوارئ، إذ يحتمل أن يوجد على غير تلك الصفة فيصير العقد مترقبًا حله، وما عزاه المصنف لأشهب تبع فيـه اللخمي والمازري، وعزا صاحب «البيان»[٢] إليـه المنع.

ووجه الجـواز: أن النفوس مجبولة على حب المال، فـلا يصدق المخبر إلا إذا كان من أهل الدين أو قامت قرينة فلا يتهم على تضـييع حق الله تعالى، ومن هذا تبادل الطعامين، فابن القـاسم منعه على الـتصديق، وحكي عـنه الإجازة في بدل الطعـامين دون الصرف، وعلى جواز التصـديق في الصرف يجوز في تبادل الطعـامين بل هو أولى، ومنعه ابن نافع في تبادل الطعامين فأحرى في الصرف.

فائدة:

قـال بعضـهم: لا يصدق في الوزن والكيل في مسائل ؛ المبادلة: فـلا يصدق فيها في وزن ولا عدد لئلا يوجد نقص فيدخله التفاضل والتأخير، والطعام الربوي بجنسه أيضا.

والقرض: لئلا يوجد نقص فيلتـزمه المقترض عوضًا عن معروفه فيـجر نفعًا، والطعام المبيع إلى أجل؛ لئلا يـلتزم النقص لأجل تأخيره، ورأس مال السلم، والمـعجل قبل أجله، والصرف.

ونَقْصُ الْمِقْدَارِ بِالْحضْرَةِ إِنْ رَضِيَ بِهِ أَوْ بِإِتْمَامِهِ نَاجِزًا صَحَّ.

لما قدم الكلام على الافـتراق أتبعه بما يطرأ على العـقد من نقص أو استحـقاق والباء للظرفية، والمجرور في محل حال.

وتقـدير كلامـه: إن رضي الأخذ بالنقص أو رضي الدافع بإتمامـه، فحذف رضي من الثاني لدلالة الأول عليه، فهو من عطف الجمل لا من عطف المفردات.

وقوله : (ناجزًا) من تمام الثانية، ويدل على محذوف مثله في الأول.

---

(١) «عقد الجواهر» (٢ / ٦٣٥).

(٢) «البيان والتحصيل» (٦/ ٤٧٩) .

وَإِنْ لَمْ يَرْضَ وكَانَ غَيْرَ مُعَينٍ أُجْبر الْمُمْتَنِعُ، وفِي الْمُعَيَّنِ قَوْلانِ .

أي: وإن لم يرض الدافع بالإتمام ولا الأخذ بالنقص، فإن كـان العقد وقع على دراهم أو دنانير غير معينة أجبر من امتنع منهما على إتمام ما دخلا عليه.

واختلف: هل يجبر الممتنع إن دخلا على مـعين، ولعل سببهمـا الخلاف في الدراهم والدنانير هل تتعين بالتعيين أو لا؟

وإِنْ كَانَ بَعْدَ الْمُفَـارَقَة أَوِ الطُّول، فَإِنْ قَامَ بِهِ انْتَقَضَ عَلَى الْمَنْصُوصِ كتَـأخيرِ الْبَعْضِ، وإِنْ لَمْ يَقُمْ، فَثالِثُهَا: إِنْ كَانَ قَلِيلاً صَحَّ...

يـعنـي: فإن وجد نقص المقـدار بعد افتراقهما من المجلس أو بعـد طوله، فإن أقام به وأخذ النقص بنقصه، فحكى الباجي [(١)] والمازري: أنه لا خلاف في نقض الصرف.

وأجـرى ابن شـاس [(٢)] فيه قـولاً بالصحة من الشاذ في تأخيـر البعض بل هنا أولى؛ لعدم الدخول عليه، واعلم أن تأخير البعض له صور:

الأولى: أن يقع بشرط، ففي «المقدمات» [(٣)] : الاتفاق على بطلان الجميع.

وخرج ابن القصـار قولاً بإمضاء المتناجز فيـه من أحد القولين في الصفقـة إذا جمعت حلالاً وحرامًا، وذكره اللخمي قولاً صريحًا.

الثانـية: أن يدخلا على قبض الجميع ثم يؤخرا شـيئًا، ففي «المقدمات» [(٤)]: يتنـقض الصرف فيـما وقع فيه التأخـير باتفاق، إن كان درهمًا انتـقض صرف دينار ما بينه وبين أن يكون الذي فيه التأخير أكثر من صرف دينار، فينتقض صرف دينار آخر ثم كذلك.

واختلف فـيما وقعت فيـه المناجزة، فمذهـب ابن القاسم في «المدونة»: بطلانه، وهو قول محمد، ولابن القاسم في «الموازية» قول بصحته.

وخص المازري، وابـن شـــاس[(٥)]، وابن بشـير هذا الخـلاف بما إذا كان المؤخـر أقل

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٢٦١).

(٢) «الجواهر» (٢/ ٣٦٣) .

(٣) «المقدمات» (٢/ ١٥) .

(٤) «المقدمات» (٢/ ١٥) .

(٥) «الجواهر» (٢/ ٣٦٤) .

الصفقة، وأما إن كـان أكثر الصفقة فينتقض بالاتفاق ، إلا ما خـرجه ابن القصار، وجعل ابن بشير النصف كالكثير في الاتفاق عليه.

وقـال المازري: علم من المذهب قلة النصف في العروض، وأما الطعـام فالنصف فيه عند ابن القاسم في حكم الكثير، وقال أشهب : الطعام كالعروض.

وظاهر ما قـاله في «المدونة»[1]: أن النصف في الدراهم والدنانيـر في حكم القليل، لقولـه فيمن صـرف مائة دينار بألفي درهـم فلم يجد إلا خـمسين: إن الصرف ينـتقض، بخلاف ما لو وجد الخمسين زيوفًا، فإنه إنما ينتقض بقدرها؛ لكون الزيوف لا يفسد الصرف بوجودها. انتهى .

الصـورة الثالثـة: أن ينعقد الصرف بينهما على المناجـزة فيتأخر شيء مما وقع الصرف عليـه بنسيـان ، أو غلط، أو سرقـة من الصراف، أو مـا أشبـه ذلك مما يغلبان علـيه، أو أحدها، فيمضي الصرف فيما وقع فيه التناجز ولا ينتقض باتفاق.

ابن رشد: واختلف هل ينتقض فيما لم يحصل فيه التناجز إن تجاوز النقصان، مثل أن يصرف منـه ديناراً بدراهم فيـجد في الدراهم درهمًا نـاقصًا، فـيقـول: أنا أتجاوزه، أو لا ينتقض من الصرف شيء، على قولين:

أحـدهمـا : أن ذلك لا يجوز وينتقض من الصـرف صرف دينار، إلا أن يزيد النقص عليه فينتقض ديناران.

والثاني: أن الصرف يجوز ولا ينتقض منه شيء إن تجاوز النقصان كالزائف إذا رضي به.

قوله : **(وإِنْ لَمْ يَقُمْ)** أي: فإن رضي الأخذ بالنقص ولم يقم به، فحكى المصنف تبعًا للمازري وابن شاس [2] ثلاثة أقوال:

المازري: وهو روايات:

الأولى: يفسخ جميع الصرف؛ لكون الفساد قد دخل بعضه فسرى إلى كله.

والرواية الثـانيـة: أنه يمكن من ذلك ولا يفسخ ما تناجزا فـيها، كما يمكن من الرضى بالزيوف.

---

(١) «المدونة» (٣/٣) .

(٢) «الجواهر» (٢/ ٣٦٤) .

والثالثة: تمكينه من ذلك إن كان النقص يسيراً، والمنع منه إن كان كثيراً.

ابن عبد السلام: وأكثرهم على أنه لا يفسخ.

خليل: والأقرب هو الثالث؛ لأنه الذي تسمح به النفوس.

والمشهور: جواز الرضى مطلقًا، لكن بشرط أن يكون النقص في الوزن، وأما إن كان النقص في العدد فإنه لا يجوز الرضى على المشهور.

وَالْقَلِيلُ: مَا تَخْتَلِفُ بِهِ الْمَوَازِينُ، وقِيلَ: دانِقٌ فِي دِينَارٍ، ودِرْهَمٌ فِي مِائة.

هذا فرع على القول الثالث، وجعل صاحب «المقدمات» [(١)] اختلاف الموازين توفيقًا بين قولي ابن القاسم، فإنه روى اغتفار الدانق والدانقين مرة وعدم اغتفارهما مرة، وأنه رأى في الأولى: أن ذلك القدر مما تختلف به الموازين.

وفي الثانية: أنه مما لا تختلف به، وأنه لا خلاف في اغتفار ما تختلف به الموازين.

قال شيخنا ـ رحمه الله تعالى ـ: وليس المراد بالدانق في القول الثاني ما سيأتي وهو السدس، بل الدانق في اصطلاح الحُسَّابِ: أن الدينار أربعة وعشرون قيراطًا وكل قيراط أربعة دوانق، فيكون الدانق جزءاً من ستة وتسعين جزءاً ليكون مناسبًا للدرهم في مائة. قيل: وتبع في قوله: **(ودِرْهَمٌ فِي مائة)** ابن شاس، والمنقول إنما هو الدرهم في الألف، وروى أصبغ عن ابن القاسم في «الموازية»: إن نقصت الألف درهم مثل الدرهم فهو خفيف.

والدانق: بفتح النون وكسرها، الجوهري [(٢)]: وربما قالوا: داناق.

ونَقْصُ الصِّفَةِ إِنْ كَانَ كَرَصَاصٍ، فَكَالْمِقْدَارِ عَلَى الأَظْهَرِ.

لما كان النقص قسمين؛ نقص مقدار، ونقص صفة، وتكلم على نقص المقدار أتبعه بالكلام على نقص الصفة.

وإدخاله ما كان كالرصاص في نقص الصفة فيه تجوز والعلاقة المشابهة، فإنه شابه الزائف في وجوده حسًا، والقولان للمتأخرين، قاله ابن بشير.

---

(١) «المقدمات» (٢/ ١٦).

(٢) «الصحاح» (١/ ٢١٥).

وقوله: (كَالمِقْدَارِ) أي: إن رضي به أو بإتمامه... إلخ.

التفصيل: ووجه الأظهر: أن وجوده كعدمه، ورأى مقابله أن هذا مقبوض، وكونه لا قيمة له لا يضر كما في المغشوش.

وإِنْ كانَ مَغْشُوشًا فَإِنْ رَضِيَ بِهِ صَحَّ.

كالمعاير بمصر، وتسميه المغاربة النحاس، وفي «المدونة»: الستوق.

البـاجي[1]: **والمـازري**: ولا خلاف فيه؛ لأن القبض في المقدار المعقود عليه حصل، وإنما وقع النقص في صفته فله الرضى به كسائر العيوب.

وإِنْ لَمْ يَرْضَ وكَانَ غَيْرَ مُـعَيَّنٍ، فَقَوْلانِ: النَّقْضُ، وجَوَازُ الْبَدَلِ، وفِي الْمُـعَيَّنِ طَرِيقَانِ: جَوَازُ الْبَدَلِ، والْقَوْلانِ...

أي: وإن لم يرض قابض المغشـوش به، فإن كان الصرف بينهـما على دراهم ودنانير غير معينة، كما لو قال: بعني عشرة دنانير بمائتي درهم، فقولان:

أحدهما: النقض.

المازري: وهو المشهور.

والثاني: جواز البدل لابن وهب.

وحكى اللخمي هذين القولين فـيما إذا وقع التعيين من جـهة دون أخرى، ولم يحك في البطلان إذا لم يحصل التعيين خلافًـا، وبنى المازري وغيره الخلاف على أن الرد بالعيب نقض للبيع من أصله فلا يجوز لعدم المناجزة، أو نقض له الآن وابتداء مبايعة فيجوز.

وإن كان الصرف بينهما على شيء معين، كما لو قال: بعني هذا الدينار بهذه العشرين درهمًا، فحكى المصنف طريقين:

إحداهـما: للخمي، وأصلها لأبي بكر بن عبد الرحمن: أن المذهب كله على إجازة البدل؛ لأنهما لم يفترقا وفي ذمة أحدهمـا شيء، فلم يزل مقبوضًا إلى وقت البدل لأنهما لم يفترقا، بخلاف غير المعين فإنهما تفرقا وذمة أحدهما مشغولة.

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٢٦١).

والثانية: قال في «الجواهر»[(١)]: هي لجل المتأخرين، وأصلها لابن الكاتب أن القولين في هذه كالتي قبلها، ولا فرق بين التعيين وعدمه، ولذلك أدخل المؤلف الألف واللام التي للعهد على القـولين، وهذه الطريقة أشد؛ لتقدم الخـلاف في الدنانير والدراهم، هل تتعين بالتعيين أم لا؟

ابن عبـد السلام: ولم يتعرض المصنف في هذا الفصل للنقض، هل هو في القليل أو الكثير كما تعرض لذلك في الذي قبله، ومسائلهم تدل على تخصيص القليل.

وإِذَا قِيلَ بِالنَّقْضِ لِلنَّقْصِ مُطْلَقًا، فَـخَمسةٌ: فقيلَ: ينْقضُ الْجَمِـيع مُطْلَقًا، وقِيلَ: إِنْ لَمْ يسمِّ لِكُلِّ دينَار، وقِيلَ: دِينَارٌ.وقِيلَ: أَوْ كَسْرٌ إِنْ كَـانَ النَّقْص مُقَابلهُ أَوْ أَقَلّ ، وقِيلَ : مَا قَابَلَ النَّقْصَ...

أي: وإذا انتقض الصـرف لأجل النقص مطلقًا؛ أي: في المقـدار، والصفة، والتـعيين وعدمه، فخمسة أقوال ولذلك أتى بالتاء:

الأول: ينتقض الجميع، وعزاه اللخمي لابن القاسم في «العتبية»[(٢)]؛ لأن الصفقة إذا بطل بعضها بطل كلها.

والثـاني : ينتقض الجمـيع إن لم يسم لكل دينار شيئاً ، كما إذا قـال : هذه العشرة دنانير بمائتي درهم .

وأما إن سمى، كقوله : كل دينار بعـشرة ، فإنما ينتقض في دينار إن لم يقابل الزائف أكثر منه ، وهو للقاضي إسماعيل ، وابن الجلاب[(٣)] ، وعبد الوهاب [(٤)].

وزعم البـاجي[(٥)] : أن الخلاف يرتفع إذا سـمى لكل دينار وأنه لا ينتقض إلا دينار ، وإنما الخلاف إذا لم يسم .

ورد عليـه المازري: بأن الروايات وقعت مطلـقة وإنما فـصل هذا التفـصيل من تقـدم

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٦٥) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٧/ ١٠) .

(٣) «التفريع» (٢/ ١٥٦) .

(٤) «المعونة» (٢/ ١٠٢٤) ، و«التلقين» (٢/ ٣٧٨) .

(٥) «المنتقى» (٦/ ٢٦٢) .

ذكرهم .

والقول الـثالث : إنما ينتقض دينار واحـد سمي أو لا ، المازري ، وابن راشد ، وابن عبد السلام وغيرهم ، وهو المشهور .

والقول الرابع : أنه ينتقض صرف أصغر الدنانير .

والفرق بينـه وبين الثالث: أنه على الثالث ينتقض صـرف دينار كامل ولا ينتقض على الرابع إلا صرف أصغر الدنانير ، وتبع في هذا ابن شاس ، وابن بشير .

وفي نقلهم نظر ؛ لأن المازري وغـيـره إنما ذكروا أربعـة أقوال وجـعلوا القـول بنقض الدينار أو أقل منه قولاً واحداً ، ونحوه لابن يونس .

المازري : وإذا تقرر أن المذهب المشهور اختصاص الفسخ بدينار ، فإنه يقتصر في ذلك على أقل ما يوجد في الدنانير .

ونقله الباجي(١) أيضاً عن ابن القاسم فقال : قال ابن القاسم : يرد منها أصغر قرض.

الخامس : على نقل المصنف ينتقض ما قابل النقص .

اللخـــمي ، والمازري : وهذا بناء على القـول بجواز أن يصرف بعـض دينار، وسبب الخلاف ، هل المجموع في مقابلة الأجـزاء ، أو الأجزاء في مقابلة الأجزاء ، أو يفصل بين أن يسميا شيئاً أو لا ؛ لأنهما إذا سميا لكل دينار شيئاً صارت كأنها عقود متفرقة .

تنبيه:

جعل اللخمي محل هذا الخلاف إذا وقع الصـرف على غير معين ، وأما إن وقع على معين ، فـإن قابل الزائف دينار واحد أو وجـد العيب بدينار واحد ، ينتـقض صرف دينار واحد بالاتفاق .

فرع:

ولو كان في الصـرف سكك مخـتلفة، فقـال أصبغ: يختص الفـسخ بالدينار الأعلى والأطيب.

وقال سحنون بفسخ الجميع .

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٢٦٢) .

وشَرْطُ الْبَدَلِ: الْجِنْسِيَّةُ، والتَّعْجِيلُ ، خِلافًا لأَشْهَبَ فِيهِمَا .

قرره ابن راشد على ظاهره، وقال بعض من تكلم على هذا الموضع : هذا الخلاف الذي ذكره لا يعرف في البدل ، وكيف يكون في البدل ومذهب ابن القاسم وأشهب منعه، وإنما هو في الصلح عن القيام بالعيب ، ولذلك قال ابن عبد السلام : إنما يعرف هذا الخلاف لابن القاسم وأشهب في مسألة الطوق المذكورة أول الصلح .

وقد ذكرها المصنف في الصلح ، وسيأتي الكلام عليها .

خليل: ولعل المصنف بنى على أن لازم القول قول، فنسب لابن القاسم وأشهب ما ذكره .

وقد خرج اللخمي قولي ابن القاسم وأشهب من مسألة الطوق في هذه المسألة ونصه : وإن لم يرد ، أي : الزائف ، وصالح على الزائف بعين أو عرض ، فأجاز ذلك محمد ومنعه ابن شعبان ، قال : إلا أن يتفاسخا ثم يعملا على ما يجوز ، واستشهد بمسألة كتاب الصلح في الطوق ، واختلف فيه على ثلاثة أقوال ، فأجاز ابن القاسم أن يرضيه على شيء يدفعه إليه نقداً ولا يرده إلى أجل، وأجازه أشهب نقداً وإلى أجل، ومنعه سحنون إذا افترقا فيهما .وعلى هذا يجري الجواب في الدينار ، فيجوز على قول ابن القاسم: إذا نقد ذلك ، وعلى قول أشهب: يجوز وإن كان إلى أجل ، ولا يجوز على قول سحنون إذا افترقا لا نقداً ولا إلى أجل ، والجواز أحسن .

وفي ابن يونس[١] : إذا باع طوق ذهب بألف درهم ، ثم وجد بالطوق عيباً فصالحه بائع الطوق على دنانير أو دراهم ، فقال ابن القاسم : يجوز ذلك إن كانت الدراهم من نوع الدراهم التي قبض منه ، وإن كانت من غير سكة ما قبض منه لم يجز ، وكذلك لو صالحه على نقرة ، وقال أشهب : لا بأس بذلك كله .

والْمَزِيدُ بَعْدَ الصَّرْفِ كَجُزْئِهِ، وقِيلَ: كَالْهِبَةِ .

أي : من صارف رجلاً ديناراً مثلاً بدراهم ، ثم زاد أحدهما صاحبه زيادة لأجل الصرف ، فإنه إذا فسخ الصرف لفساد في العقد ، فإنه يرد جميع ما أخذ مع المزيد ، وهذا معنى قوله : (**كَجُزْئِهِ**) وقيل : كالهبة ، فلا يرد إلا المدفوع أولاً ولا يرد المزيد ، ويحتمل

(١) «الجامع» (٨ / ٢٧٣).

أن يرد بقوله : (كَجُزْئِهِ) أنه إذا اطلع على عيب في المزيد أن له القيام ونقض الجميع .

(وقِيلَ : كَالْهِبَةِ) فلا قيام له إن اطلع فيه على عيب .

ورأينا أن نأتي بالمسألة من «المدونة» ثم نذكر ما يتعلق بها ونبين ما هو الأليق بكلامه ، قال فيها[1] : وإن صرفت من رجل ديناراً ثم لقيته بعد أيام ، فقلت له : قد استرخصت مني الدينار فزدني فزادك دراهم نقداً أو إلى أجل ، فجائز ولا ينتقض الصرف ، وليس لك رد الزيادة لعيب فيها ، وإن كان الدينار رديئاً فرددته أخذ منك الذي زادك مع دراهمه ؛ لأنه للصرف زادك فترده برده، وكذلك الهبة بعد البيع للبائع إن رد السلعة بعيب أخذها .

ولأشهب عن مالك في «الموازية» : أنه يبدل المزيد الزائف، فحمله بعض الأشياخ على الخلاف ، وبعضهم على الوفاق ، ولهم في التأويل وجهان :

أحدهما لابن القاسم وغيره : أن ما في «الموازية» محمول على إيجاب الزيادة ؛ لأنه قال فيها : لقيته ، فقال : نقصتني من صرف الناس فزدني فزاده ، أنه يفهم إذا زاده فقد ألحقه بصرف الناس وقد أوجب الزيادة .

والتأويل الثاني ذكره صاحب «النكت»[2] عن بعض شيوخه : أن الخلاف مبني على تحقيق فرض المسألة ، فإن قال له : أزيدك هذا الدرهم فوجده زائفاً فلا يرده ؛ لأنه إنما رضي أن يهبه ذلك الدرهم على ما هو به فلا يلزم بغيره .

وإن قال : أزيدك درهماً،فعليه البدل ؛ لأنه قد أوجب على نفسه درهماً جيداً ، وإليه ذهب اللخمي .

ورد المازري هذا التفصيل ؛ لأن في «المدونة» ما يمنعه؛ لأنه قال فيها : فزاده درهماً نقداً أو إلى أجل ، والذي إلى أجل هو في الذمة، وقد نص على أنه ليس عليه بدله .

وفي كلام عبد الحق إشارة إلى الجواب ؛ لأنه تأول قوله : إلى أجل، على أنه قال له: أنا أزيدك ، أو قال : تأتني عند أجل كذا وكذا ، ثم عند الأجل أتاه فأعطاه درهماً فوجده زائفاً فليس عليه بدله ؛ لأنه رضي بما دفعه إليه ولم يلزم غيره ، بخلاف قوله : أزيدك درهماً، فإنه يحمل على الجيد .

وقال القاضي إسماعيل : الزيادة كالجزء يبطل الصرف بتأخرها كما لو تأخر جزء من

---

(١) «المدونة» (٣/ ٢٦ ـ ٢٧) .

(٢) «النكت والفروق» (٢/ ٤١) .

الصرف .

ونص كلامه في «المبسوط» : إن كان الذي زاده بعد المصارفة إنما هو لإصلاح ما مضى ولمخافة أن ينتقض ما بينهما ، أو لمعنى من المعاني ، فإن الزيادة تبطل الصرف . واستدل بقول عبد الملك في رجلين اشتريا شاة من رجل ، ثم إن البائع وضع لأحدهما شيئاً من الثمن ، فإن كان ذلك شيئاً يشبه إصلاح ذلك البيع فهو بين الشريكين ، وإن كان لا يشبه إصلاح ما مضى ، مثل أن يحط عنه أقله أو أكثره فإنما هي هبة وليست من البيع .

فإذا تقرر هذا فادعى بعض من تكلم على هذا المحل أن الحق هنا حمل كلام المصنف على الوجه الثاني ؛ أي : هل ينتقض الصرف بتأخيرها ؟ قال : وهو مذهب القاضي إسماعيل، أو لا ينتقض ؟ قال : وهو مذهب «المدونة» .

خليل: وفيه نظر ؛ لأنه يلزم أن يكون المصنف قدم غير المشهور .

وقال ابن عبد السلام : إن قوله في «المدونة» يوافق القول الأول على الاحتمال الأول؛ أي : أنه إذا رد ، رد الزيادة .

قال : ويكون القول الثاني على الاحتمال الثاني من تمامه .

وَلَو اسْتُحِقَّ الْمَسْكُوكُ بَعْدَ الْمُفَارَقَةِ أَوِ الطُّولِ أَوِ التَّعيينِ انْتَقَضَ عَلَى الْمَشْهُورِ، وإِلا فَالعَكْسَ...

أي : إذا اصطرفا بمسكوك من الجانبين أو من جانب فاستحق المسكوك بعد المفارقة ، أو بعد أن طال المجلس ولم يفترقا ، أو كان المسكوك المعقود عليه معيناً وإن لم يحصل طول ولا مفارقة ، فإن الصرف ينتقض على المشهور ، إذ لا يلزمه غير ما عين ، وإن لم يعين فقد تعينت بالقبض أو المفارقة على ما نقله ابن راشد كما تقدم .

ورأى في الشاذ أنها لا تتعين ، فيجبر على البذل في الثلاثة .

وقوله : (**وإِلا فَالْعَكْس**) أي : فإن لم تكن مفارقة ولا طول ولا تعيين لم ينتقض .

قال بعض من تكلم على هذا الموضع : والمراد بالعكس عدم النقض فقط ، لا باعتبار دخول الخلاف وانعكاس المشهور ؛ لأنه إذا لم يكن طول ولا افتراق ولا تعيين أجبر على البدل إذا كان عنده غيرها اتفاقا.

وكلام المصنف قريب من كلام صاحب «الجواهر»[1] ، وذكر أن المشهور مذهب

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٦٩) .

«المدونة» ، وعزا الشاذ لأشهب ، وجعل هذا الخلاف إذا حصلت المفارقة أو الطول .

وقـال ابن الكاتب : إنما اختلاف ابن القاسم وأشهب إذا حصل اسـتحقاق بالحضرة ، فعند ابن القاسم لا يلزمه الإتيان بمثلهـا سواء وقع الصرف على معين أم لا ، وعند أشهب لا يلزمه ذلك إذا كانت الدراهم معينة ، وأما إذا كانت غير معينة فينتقض .

وذكر ابن عبد السلام أن القرويين اختلفوا في محل القولين اللذين في «المدونة» ، هل هو عند الافـتراق أو الطول ، أو عند عـدم كل واحد منهـما . ولنذكـر لفظه في «المدونة» ليتبين لك الفهمان ، قال فيها [1]: ومن اشترى إبريق فضة بدنانير أو دراهم ، فاستحقت الدنانيـر أو الدراهم انتقض البـيع؛ لأنه صـرف ، ومن صرف دنانيـر بدراهم فاسـتحـقت الدراهم انتقض الصرف .

وقـال أشهب : لا ينتـقض إلا أن تكون دراهم معـينة يريه إياها ، وإنما باعـه بدراهم عنده أو من كيسه أو تابوته فعليه مثلها مكانه ما لم يفترقا .

ابن القـاسم: ولو أنه إذا استحقت ساعة صارفه ، قـال : خذ مثلها مكانه قبل التفرق جاز ، ولو طال أو تفرقا لم يجز .

فـقوله في قـول أشهب : مكانه مـا لم يتـفرقـا، دليل على أنه إنما يخالف إذا كـان بالحضرة . وقوله في «المدونة»[2] في أول المسألة : ينتقض الصرف، يحمل على ما إذا لم يكن بالحضرة .

تنبيهان:

الأول : قيد ابن يونس قوله في «المدونة» : إنها إذا استـحقت وقال له ساعة صارفه : خذ مثلها، جاز بما إذا تراضيا ، وكذلك قال ابن المواز .

وغمز أبو بكر بن عبد الرحمن ما قاله ابن المواز من اشتراط التراضي ، قال : لأنه لو كان مراده أن الخلف إنما يجوز بالتـراضي لم يكن لتقييد هذا الجواب بقوله : مـا لم يفترقا معنى ؛ لأنهما إذا افتـرقا وتراضيا على خلف الدراهم المستحقة صـار ذلك مستأنفاً لا يمنع منه ما تقدم من عقد بطل باستحقاق الدراهم .

---

(١) «المدونة» (٣/ ٢٤) .

(٢) «المدونة» (٣/ ٢٤) .

المازري: وهذا قد يعتذر عنه بأنه قيد بقوله : ما لم يفترقا ؛ لأنهما إذا افترقا وتراضيا ببدل الدراهم المستحقـة صار ذلك تتميماً للعقد المتقدم الذي كـشف العيب أنهما لم يتناجزا فيه ، وقد تتطرق التهمة لكون العاقدين أو أحدهما قصد إلى ذلك في أصل العقد .

التنبيه الثاني : ما تقدم في متن كلام المصنف والتعيين ثابت في كل النسخ التي رأيتها ، وكذلك ثبت ذلك في نسخة ابن راشد وسقط من نسخة ابن عبد السلام .

والإثبات موافق لكلام المازري وابن شاس[1]، فإنهما أشارا إلى أنه إن حصل التعيين انتقض الصرف ولو مع الحضرة على المشهـور ؛ لأنهما نصا على أن هذه المسألة تجري على الخلاف في تعيين الدراهم بالتعيين .

وقد صرح اللخمي بذلك ؛ أعني : بالنقض إذا كانت الدراهـم معينة ، سواء استحق بالحضرة أم لا ، لكنه مخالف لما تقدم من أن ابن الـقاسم يجيز البدل في الدراهم مطلقاً ، سواء كانت معينة أو لا ، وإنما يأتي الإثبات على قول أشهب فتأمله .

وَلَوِ اسْتُحِقَّ الْمَصُوغُ انْتَقَضَ مُطْلَقًا .

يعـني : لو وقع العقد على مصوغ من الجهتين أو أحـدهما فاستحق ، انتقض الصرف سواء كـان بحضرة العـقد ، أو الافتـراق ، أو الطول ، وإليه أشار بقـوله : مطلقاً ؛ لأن المصوغ يراد لعينه .

ثُمَّ إِنْ كَانَ لَمْ يُخيَّرِ الْمُصْطَرِف، فَلِلْمُسْتَحِقِّ إِجَـازَتُهُ عَلَى الْمَشْهُورِ فِيهِمَا، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْخِيَارَ الْحُكْمِيَّ لَيْسَ كَالشَّرْطِيِّ...

أتى بـ (ثُمَّ) للتراخي . أي : إذا عقد الصرف بمصوغ ثم انتـقض بسبب الاستحقاق ، فإن أراد المستحق إجـازة العقد فلا يخلو المصطرف ـ وهو المشتري لهـذا ـ : إما أن المستحق مخبر بأن المصـوغ ليس ملكاً للدافع أو لا ، فإن لم يخبره فللمستـحق إجازته على المشهور فيهما ؛ أي : في المصوغ والمسكوك ، قاله بعضهم وهو الظاهر .

وقال ابن عبد السلام : هو عائد على الصورتين المفهومتين من السياق ؛ وهما : كون الاستحقاق بحضرة الصرف أو بعد ذلك .

قال : ويحتمل أن يعود الضمير على صورتين منطوق بهما ؛ وهما : كون الاستحقاق

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٦٩) .

بعد الطول وقبل المفارقـة ، والثانية بعد المفارقة ، ورجح هذا على الأول بأن عـود الضمير على منطوق به أولى .

وقوله : (عَلَى الْمَشْهُورِ) . أي : لأن خيار المستحق أدى إليه الحكم .

والشاذ لأشـهب : يمنع كخيـار الشرط، ونظيـرها ما إذا قال لوكـيله : أبدل لي فولاً بقمح فأبدله بشعير ، وكذلك فيما يطلب فيه التناجز .

وأطلق المصنف في المشهور، وهو مقيد بحضور المصوغ، نص عليه في «التهذيب»[1].

وناقض سحنون قول ابن القاسم هذا بحضور اشتراط الخلخالين ، بقوله فيمن استودع قمحـاً فباعه بـطعام مخالف : إن للمـستحق إجازة البـيع ، ولم يشترط حضـور القمح، والفرق أن المودع ضمن القمح بتعديه بالبيع فوجب في ذمته مثله فأخذ عنه تمراً مثلا ، ذلك جائز ، إذ لا مـعنى لاشتراط حضـور ما بقي في الذمة ، بخـلاف الذي تولى الصرف في مسألة الخلخالين فإنه غـير متعد فلم تتعلق بذمته ، فأشبه صـرفها صرف الوديعة ، فلذلك اشترط الحضور .

وناقض اللخمي والمازري قول أشهب هنا بقوله : في العبد يتزوج حرة بغير إذن سيده ويدخل بها ، ثم توجد هي تزني، أن رجمها موقوف على إجازة السيد النكاح، فإن أجازه كانت محصنة ورجمت، وإن لم يجزه لم ترجم وحدت حد البكر، وهو اعتراض ظاهر .

فَلَو أَخْبَرَهُ، فهُوَ كَصَرْفِ الْخِيَارِ .

أي : فلو أخبـره دافع المصوغ أنه ليس له وأنه تولى الصرف فـيه بغير إذن ربه ، فـهو كصرف الخيار الشرطي ، وقد تقدم أن المشهور منعه .

والصَّرْفُ والْبَيْعُ مُمْتَنِعٌ، خِلافًا لأَشْهَبَ إِلا فِي الْيَسِيرِ .

أي : أنه لا يجوز أن يجتمع في العقد بيع وصرف إلا في اليسير ، وجوزه أشهب في اليسير والكثير .

والاستثناء يحتمل أن يرجع إلى قوله: (مُمْتَنِعٌ) ويحتمل أن يرجع إلى (خِلاف) أي : إلا في اليسير ، فإن أشهب لا يخالف في ذلك، ووجه المشهور بوجوه :

أحدها : أن اجتماع البيع معه يؤدي إلى ترقب حله بوجود عيب في السلعة .

---

(١) «تهذيب المدونة» (٣/ ١١١) .

ثانيـها : لأن الصفقة قد جمعت بين عقدين مختلفي الأحكام ؛ لأن الصرف لا يجوز فيه التأخير والخيار بخلاف البيع .

ثالثـهـا : لئلا يؤدي إلى صرف بنسيئة ، من حيث إن الـسلعة قد تستحق فلا يعلم ما يصيب الصرف من الثمن إلا في ثاني حال .

سند : وليس هذا من باب النسيئة ، وإنما هو من باب الجهالة .

ورأى أشهب أن العـقد قـد اشتـمل على جائزين فـلا منع، فإن وقع على المشـهور، فقـيل: هو كالعقود الفـاسدة يفسخ ولو مع الفـوات ، وقيل : هو من البيـاعات المكروهة فيفسخ مع القيام لا مع الفوات .

ابن رشد : وهو المذهب .

فائدة : قال القـرافي[1] : لا يجتمع مع البيع عقـود يجمعها قولك : (جص مشنق) فالجيم: للجعالة ،والصاد: للصرف، والميم: للمساقاة، والشي: للشركة، والنون: للنكاح، والقاف : للقراض؛ لتضاد أحكامها .

ونظمها بعضهم فقال :

عقود منعناها مع البيع ستـــة ويجمعها في اللفظ جص مشنق

فجعل وصرف والمساقاة شركة نكاح قراض منع هذا محقـــــق

فَإِنْ كَـانَ الْجَمِيعُ دِينَاراً فَـيَسِيرٌ، وقِـيلَ: مَعَ كَوْنِ أَحَدِهِمَـا ثُلُثًا فَأَدْنَى، وقِـيلَ: مَعَ كَوْنِهِ كَالدِّرْهَمِ يعْجِزُ...

الأول : هو مذهب «المدونة» ، ولا يشـترط فيه أن يكون الصرف أو البـيع تابعاً ، بل كيفما كان فهو جائز ؛ لأن الضرورة داعية إلى الوقوع في مثل هذا كثيراً .

والقـول الثـاني : عدم الجواز إلا بشرط التبعـية ، إما بأن يكون البيع تابعاً للصرف أو العكس ، والتابع هو الثلث فأقل .

والقول الثالث : لا يجوز الصرف والبيع في دينار إلا أن يكون البيع يسيراً ، مثل أن يصرف ديناراً بـعشرة دراهم فـيعجـز الدرهم أو النصف فيـدفع إليه عرضـاً بقدره لتـحقق الضرورة ، وهو قول عبد الوهاب [2].

---

(١) «الذخيرة» (٤/ ٣٩٢) .

(٢) «المعونة» (٢/ ١٠٢٧) ، و«التلقين» (٢/ ٣٧٩) .

ولابن القاسم في «الموازية» **رابع** : جواز كون الصرف في الدينار الواحد تابعاً الثلث فأقل ، ومنع عكسه وهو كون البيع تابعاً .

فإِنْ كَانَ الصَّـرْفُ فِي أَكْثَرَ مِنْ دينَارٍ، فَـالْيَسِيرُ أَنْ يَكُونَ الْبَـيْعُ بِأَقَلَّ مِنْ دِينَارٍ، وقِيلَ: أَنْ يَكُونَ ثُلُثًا فَأَدْنَى...

أي : فإن كان الصرف في أكثـر من دينار ، فلا بد أن يكون البيع في أقل من دينار ، أي : لا بد من اشتراك البيع والصرف في دينار ، كمـا لو صارفه عشرة دنانير بمائة وتسعين ونصف إردب قمحاً والصرف بعشرين ، وكلامه ظاهر التصور .

ونسب في «الجـواهر»(١) القول الذي صدر به المصنـف لابن مناس ، وذكر أن القول الثاني نقله ابن محرز عن بعض الأشياخ .

وأَمَّا إِذَا كَانَ الْبَيْعُ أَكْثَرَ لَمْ يَجُزِ اتِّفَاقًا، إِلا فِي صَرْفِ أَقَلَّ مِنْ دينَارٍ .

يعـني : أن الخلاف المتقدم إنما هو إذا كان الصرف أكـثر ، وأما إذا كان البيع الأكثر ، فالاتفاق على أنه لا يجوز إلا إذا كان الصرف في أقل من دينار كالقول الأول .

والمراد بالاتفاق : اتفـاق القائلين بمنع اجتمـاع الصرف والبيع، وأما على قـول أشهب الذي يجيزهما مطلقاً ، فلا .

ولا يقال: ينتـقض الاتفاق الذي حكاه المصنف بما حكاه بعـضهم عن ابن حـبيب من جواز دينار فأقل ؛ لأن ابن يونس والمازري أنكراه .

والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها: أن الصرف أضـيق من البيع ، فإذا كان البيع تابعاً انسحب عـليه حكم الصرف فـكان أحوط ، بخلاف العكـس ، واستشكل لأنهم يـغلبون حكم الصرف وإن كان قليلاً في وجوب تقديم السلعـة على المعروف ، خلافاً للسيوري في إبقاء كل من البيع والصـرف على حكمهما على الانفراد ، فأوجب تعـجيل الصرف وأجاز تأخير السلعة .

وأَمَّا الْمُسْتَثْنَى الْيَسِيـرِ، فَرُوِيَ أَنَّهُ الدِّرْهَمُ، ورُوِيَ الثَّلاثَة، ورُوِي قَدْرُ ثُلُثِ دِينَارٍ، كَسِلْعَةٍ بِدِينَارٍ إلا دِرْهَمًا...

إن قلت: لم جوزوا في مسألة الاستثناء ما لم يجوزوه في مسألة اجتماع البيع والصرف

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٧٤) .

مع أنهـا راجعة إلـيها ، إذ حـاصل قولـه : هذه السلعة بدينار إلا درهمـاً، بعتك السلـعة والدرهم بدينار ، وهو بيع وصرف .

وإنما قلنا : إنهم أجازوا هنا ما لم يجزوه هناك؛ لأنهم أجـازوه هنا مع تأخير النقدين وتقدم السلعة .

فـالجـواب : أنه سؤال حـسن ، ولعلهم راعوا أن الاستثناء أصله أن يكون يـسيراً ، والضرورة تدعو إلى اليسـير ، والمتبايعان إنما بنيا كلامهـما أولاً على البيع ، فكان الصرف غيـر مقصود ، بخـلاف البيع والصرف ؛ فـإنهما لما أتيـا أولاً بالصرف والبيع علم أنهـما مقصودان .

وقوله : (**فَرُوِيَ أَنَّهُ الدِّرْهَمُ**) مقتضاه : أنه لا يجوز في الدرهمين .

والذي في «المدونة» وغيرها : أن الدرهمين في حكم الدرهم، ولم أر من اقتصر على الدرهم كـما فـعل المصنف ، بل صرح المازري بـالاتفاق على يسـارة الدرهمين ، والرواية بالثلاثة لابن عـبد الحكم ، والقول بإجازة الثلث للأبهـري ، هكذا نقله الباجي[1] وابـن شاس[2] ، ولم أر أحداً صرح بأنه رواية ابن راشد .

وهذا الخلاف إنما هو إذا وقع البيع وفيه التأجـيل على ما سيأتي إن شاء الله ، وأما مع الانتقاد فيجوز أكثر من ذلك .

فَإِنْ كَانَ نَقْداً فَجَائِزٌ ، وَفِي تَأْجِيلِ الْجَمِيعِ مُمْتَنِعٌ .

أي : إذا كان الجميع السلعة والدينار والدرهم نقداً فجائز .

ابن راشـد : بلا خلاف، وإن تأجل الجميع فهو ممـتنع ؛ لأنه صرف مستأخر ، ودين بدين إن كانت السلعة غير معينة ، وبيع معين يتأخر قبضه إن كانت معينة .

وَفِي تَأْخِيرِ النَّقْدَيْنِ يَجُوزُ لِلتَّبَعِيَّةِ .

يعني : فإن تقدمت السلعة وتأخر النقدان جازت المسألة ، وعلل ذلك بالتبعية ؛ أي : أن السلعة لما قـدمت وتأخر الدينار والدرهم علم أنهـما غـير مقـصودين فلا يكون صـرفاً مستأخراً .

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٢٤٣) .

(٢) «الجواهر» (٢/ ٣٧٦) .

وذكر ابن المواز الاتفاق فيه، لكن ذكر المازري وابن شاس(١) أن ابن عبد الحكم خالفه، فمنع لكونه ديناً بدين وصرفاً مستأخراً .

قـال في «الجـواهر»(٢) : قال بعض المتأخرين : وقول ابـن عبد الحكم هو القياس ، لاسيما إذا راعينا الاتباع في أنفسنا .

وفِيهَا : ويُقْضَى بِمَا سَمَّيَا ، وقِيلَ : بِدَرَاهِمَ ويَتَقَاصَّانِ .

يعني: إذا وقعت هذه المسألة على الوجه الجائز فاختلف فيما يقع فيه القضاء ، فحكى عن «المدونة». أن البائع يعطي الدرهم والدرهمين أو يأخـذ الدينار أو الدينارين ، وليس ما نسبه «للمدونة» صريحاً فيها ، بل هو ظاهرها عند الأكثرين.

وصرح المازري بمشهـوريته . ومنهم من فهمها على القـول الثاني ؛ وهو أن البائع إذا حل الأجل إنما يأخذ صرف دينار ينقص درهماً أو درهمين .

وتَأْجِيل السِّلْعَةِ أَوْ أَحَد النَّقْدَيْنِ مُمْتَنِعٌ عَلَى الْمَشْهُورِ

يـعنـي : لو تقدم النقدان وتأخرت السلعة ، أو تقـدمت السلعة وأحد النقدين وتأخر النقد من أحدهما ، المشهور فيهما المنع ، وهو مذهب «المدونة» .

وقيل : المشهور فيما إذا تأجلت السلعة مقيد في «الموازية» بما عدا التأخير اليسير ، قال فيـها : إلا أن يتـأخر بمثل خـياطته ، أو حـتى يبعث في أخـذه وهو بعينه فـلا بأس به، والشاذ: الجواز فيهما .

ونقل في «المدونة» الشاذ في مسألة تأجيل السلعة عن مالك من رواية أشهب .

ونقل صاحب «الجواهر»(٣) وغيره الشاذ في مسألة التأخير في أحد النقدين عن مالك من رواية ابن عبد الحكم .

وقد يظهر ما رواه ابن عبد الحكم ببادئ الرأي ؛ لأنه إذا جـاز تأخير النقدين معاً فلأن يجوز تأخير أحدهما أحرى .

والفـرق للمـشهـور: أن الاعتناء بالتـقديم يدل على أنه المقصود عند المتـبايعين ، فإذا تقدمت السلعة وتأخر النقدان دل تقديمهمـا على أن البيع هو المقصود ، بخلاف ما إذا تقدم

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٧٥) .

(٢) «الجواهر» (٢/ ٣٧٥) .

(٣) «الجواهر» (٢/ ٣٧٦) .

أحدهما ، فإنه يدل على أن الصرف مقصود ولم يحصل شرطه وهو المناجزة .

فَإِنِ اسْتَثْنَى دَرَاهِمَ مِنْ دَنَانِيرَ ، فَثَالِثُهَا : يَجُوزُ فِي النَّقْدِ .

مثـال ذلك : لو باع مائة ثوب بمائة دينار ينقص كل دينار درهمـاً ، فمن أجاز رأى أن نسبـة مائة درهم إلى مائة دينار كنسبـة الدرهم إلى الدينار ، ويحتمل أن يكون مـبنياً على جواز الصرف والبيع مطلقاً .

ومن منع نظر إلى كثرة الصرف ، ولا يخفى عليك توجيه الثالث .

وتبع المصنف في حكاية هذه الأقوال ابن بشير وابن شاس(١) ، وإطلاق الأقوال هكذا مشكل ، ولاسيما الجواز مطلقاً والمنع مطلقاً .

والمنصـوص في «الموازية» : فيـمن ابتاع مائـة جلد كل جلد بدينار إلا ثلاثة دراهم ، وذلك كله نقله ابن عبـد السلام أن ذلك جائز، وفيهـا ، وفي «العتبية» عن مـالك : فيمن ابتاع خمسة عشر جلداً كل جلد بدينار إلا درهمـاً إلى أجل ، ثم تحاسبا بعد البيع فصارت أربعة عشر ديناراً ، فلا خير في هذا البيع .

محمد : تحاسبا أو لم يتحاسبا لكثرة الدراهم في المؤجل .

مالك : ولو قطعوا صرف الدراهم قبل العقد ووقعت الصفقة بدنانير معلومة جاز ذلك نقداً ومؤجلاً ، مثل أن يقول: إن وقع بيننا بيع بدراهم فبيعها كذا وكذا بدينار فهذا الجائز ، وإلا لم يجز نقداً ولا إلى أجل ؛ لأنه صرف وبيع إلا في دراهم يسيرة .

وقال مالك في «العـتبية»(٢): إذا كان ذلك قبل البيع . وقد حققها في «البيان» تحقيقاً شافيـاً ، فقال : إن وقع البيـع بينهما على أن يتقـاصا من الدنانير ما اجـتمع من الدراهم المستثناة بسوم سمياه ولم يفضل من الدراهم شيء بعد المقاصة ، مثل أن يبيع ستة عشر ثوباً كل ثوب بدينار إلا درهماً على أن يحسبا ستـة عشر درهماً بدينار ، جاز البيع نقداً أو إلى أجل؛ لأن البيع انعقد بخمسة عشر .

وكذلك إن فـضل بعد المقاصـة درهم أو درهمان ؛ لأنه يجوز أن يبـيع الرجل السلعة بدينار إلا درهمـاً وإلا درهمين على أن يتعـجل السلعة ويتـأخر النقـدان ، فإن فضــل بعد المحاسبة دراهم كثيرة فيجوز البيع إن كان نقداً ولا يجوز إلى أجل .

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٧٦) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٧/ ١١٥) .

وإن لم يقع بينهمـا على شرط المحاسبة ، فـيجوز إن كانت الدراهم المستثناة الدرهم والدرهمين نقداً أو إلى أجل ، ويجوز إن كانت كثـيرة دون صرف دينار إن كان نقداً ، ولا يجوز إلى أجل .

وإن كـانت أكثـر من صرف دينار ، فـلا يجـوز نقداً ولا إلى أجل على مـذهب ابن القاسم وروايته عن مالك ولا تنفع المحاسبة بعد البيع إذا لم يقع البيع بينهما على ذلك.

فَإِن اسْتَـثْنَى جُزْءاً جَازَ مُطْلَقاً ، وقِيلَ : كَـالدَّرَاهِمِ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ جُزْءَ الدِّينَارِ ذَهَبَ إِلَى الْقَضَاءِ أَوْ وَرِق...

كما لو باع بدينار إلا سدسا أو خمسا ونحو ذلك ، فالمشهور : أنه يجوز مطلقاً بالنقد والأجل ، بناء على أن جزء الدينار ذهب فيقاصه .

والقول الـثاني : لا يجوز في هذه الصورة إلا ما جـاز في مسألة الدراهم ، بناء على أن جزء الدينار ورق ، إذ لا يقضي القاضي عليه عند المناجزة إلا بالورق .

الْمُمَاثَلَةُ ، ولِطَلَبِ تَحَقُّقِهَا مَنْعُ بَيْعِ دِينَارٍ ودِرْهَمٍ أَوْ غَيْرِه بِدِينَارٍ ودِرْهَمٍ أَوْ غَيْرِه .

لما فرغ من المناجزة أتبعها بـالمماثلة ، ولا شك في طلبها ، ولأجل أنه لا بد منها منع ما يوجب شكا فيهـا ، فلا يجوز أن يضاف إلى أحد النقدين جنس آخر كمـا مثل ؛ خشية أن تكون الرغبة في أحد الدرهمين أكثر فيقـابله من الجهة الأخرى أكثر من درهم ، فيؤدي إلى التفاضل .

وقوله: (أَوْ غَيْرِه) أي : ثوب أو غيره من الطعام ونحوه .

فَأَمَّـا دِرْهَمٌ بِنِصْفٍ فَمَا دُونَهُ أَوْ فُلُوسٌ أَوْ طَعَـامٌ ، فَجَائِزٌ لِلضَّرُورَةِ ، وبِأَكْـثَرَ مِنْ نِصْفٍ مُـمْتَنِعٌ ، وقِـيلَ : لا يَجُـوزُ إلا فِي أَقَلَّ مِنْ نِصْفٍ ، وقِـيلَ : لا يَجُوزُ إِلا فِـي غَيْـرِ الْفُلُوسِ ، وَقِيلَ: لا يَجُوزُ بِحَالٍ وإِنْ قَلَّ...

هذا مستثنى من القاعدة المذكورة ، وعلل الجواز فيه بالضرورة .

ومعنى المسـألة : أن يعطي الإنسان درهماً فـيأخذ بنصفـه فلوساً أو طعامـاً ويرد عليه النصف الآخر فضة .

وذكر الشوشاوي ، وأبو الحسن وغيرهما لهذه المسألة ستة شروط :

أولهـا : أن يكون في الدرهم الواحد ؛ لأن الضرورة غالبـاً إنما تدعو إليه ، فلا يجوز

في أكثر ولا في دينار ؛ لقول مالك في «كتاب محمد» : فيمن اشترى بثلث دينار قمحاً فدفع ديناراً وأخذ قطعة ذهب منقوشة أكره ذلك .

وعلله اللخمي باختلاف بيع الدينار وكسره ، بخلاف الدرهم وكسره .

الثاني : أن يكون في بيع وما في معناه كالإجارة ، احترز به من القرض ؛ لأنه لا ضرورة تدعوهم في القرض .

الثالث : أن يكونا مسكوكين .

الرابع : أن يكون المردود النصف فما دون ، وأجاز أشهب ثلاثة أرباع .

الخامس : أن ينقد الجميع ، وإن تأخر أحد العينين جرى على الخلاف في مسألة الدرهم والدرهمين إذا تأخر أحد العينين .

السادس : أن تكون السكة واحدة.

وزاد أبو الحسن **سابعاً** : وهو أن يكونا معروفي الوزن .

وثامناً : أن يكون في بلد لا فلوس فيها ولا خراريب ولا أرباع .

وقد حكى المصنف في هذا الأخير الخلاف .

قوله : (**وبِأَكْثَرَ مِنْ نِصْفٍ مُمْتَنِعٌ**) هكذا عبر المازري بالمنع ، والذي في «المدونة» إنما هو الكراهة في رد الثلثين فضة ، لكن كثيراً ما يعبر مالك عن الممنوع بالمكروه .

وقوله : (**وقِيلَ : لا يَجُوزُ إِلا فِي أَقَلَّ مِنْ نِصْفٍ**) لتحقق التبعية، وهذا القول في «الموازية» لابن القاسم وأشهب .

وقيل: لا يجوز إلا في غير الفلوس ؛ أي : إلا في غير بلد الفلوس ، وأما في بلدها فلا يجوز أن يأخذ بنصف طعاماً وبنصف فضة ؛ لأن الضرورة زالت لوجود الفلوس، ونسبه اللخمي لأشهب .

وهكذا مشى هذا القول الثالث الشارحون ، ويمكن أن يمشى على أنه لا يجوز أن يأخذ مع النصف الفضة فلوسا، وإنما يأخذ طعاماً وما أشبهه ؛ لأن الفلوس لما كانت تشبه النقد صارا نقدين في مقابلة نقد ، وهذا القول لمالك في «العتبية» ، لكن إنما قال في «العتبية» : لا أحب أن يأخذ بنصفه فلوساً ونصفه فضة ، ولا بأس أن يأخذ بنصفه فضة ونصفه طعاماً، فعبر : بـ«لا أحب» ، وكذلك عبر صاحب «البيان»[1] بالكراهة .

---

(١) «البيان والتحصيل» (٦/ ٤٨٥) .

لكن كـثـر تعـبيـرهم عن الممنـوع هنا بالكراهة ، وقـد نقله عـيـاض بلفظ المنع عن «الموازية»، ولفظه : وأجاز في «الموازية» أن يأخـذ بكسر الدرهم سلعة ويأخذ بباقـيه درهماً صغيراً ، ومنع ذلك في نصفه فلوساً ونصفـه فضة ، ورواه يحيى عن مالك ، ووافقه عليه ابن القاسم في «الموازية».

وأشار عـياض وغيره إلى أن مـا منعه أشهب ـ أعني : إذا كـان في البلد فلوس ـ وما أجـازه إذا كان في البلد دراهم صـغـار متناقض، قـال: وهو خـلاف من قوله، ولا فـرق بينهما.

وقيد ابن يونس المـذهب: بما إذا لم تكن الأنصاف والخراريب غالبـة ، وأما إن كانت غالبة فلا يجوز الرد بوجه .

قوله : (**وَقِيلَ: لا يَجُوزُ بِحَالٍ**) هو لمالك في «الموازية» ، واختاره ابن عبد السلام ، قال : لأن الضرورة لم يثبت أن الشرع اعتبرها .

وفِي التِّبْرِ يُعْطِيهِ الْمُسَافِرُ دَارَ الضَّرْبِ وأُجْرَتَهُ ويَأْخُذُ وَزْنَهُ قَوْلانِ .

هذا أيضا مستثنى مما تقدم ؛ يعني : أنه اخـتلف في المسافر يأتي دار الضرب بفضة أو ذهب يدفعها إليهم ويدفع أجرتها ويأخذ وزن ما دفع مسكوكاً ، والقولان لمالك .

أجازه في سمـاع ابن القاسم ، وابن وهب ، وقال ابن القاسم : أراه جـائزاً للمضطر وذا الحاجة .

مالك : وقد عملت به الناس زمان بني أمية ويفعله أهل الورع، وبالمنع قال الأكثرون، وذكر ابن حبيب أنه سأل عن ذلك من لقي من المدنيين والمصريين فلم يرخصوا فيه بحال ، ولهذا قال فـي «البيان»(١) : والصواب عدم الجـواز إلا مع الخوف على النفس الذي يبيح أكل الميتة .

ابن حبيب : وأما الصائغ فلا يجوز معه ذلك قولاً واحداً .

واختلف قـول مالك أيضاً في خلـط ذهب الناس في الضرب بعد تصـفيتـها ومعـرفة وزنها، فإذا خرجت أخذ كل بحسب ذهبه .

وكَذَلِكَ الزَّيْتُونُ بالزيت .

أي : وكذلك اختلف في الزيتـون يعطيه لأهل المعصرة ويأخذ قـدر ما يخرج ، والمنع

---

(١) «البيان والتحصيل» (٦/ ٤٤٣) .

هنا أقوى لوجهين :

أحدهما : أن الضرورة هنا أضعف من الضرورة في التبر لكثرة المعاصر .

والثاني : أن خروج الزيت مما يختلف .

وإِذَا بيع مُحَلَّى مباح مِنْ أَحَدِ النَّقْدَيْنِ بِصِنْفِه ، فَـإِنْ كَانَ الْحُلِيُّ تَبَعاً جَازَ مُـعَجَّلاً عَلَى الْمَشْهُورِ ، وفِي الْمُؤَجَّلِ قَوْلَانِ...

هو أيضاً مـستثنى لأجل الضرورة الداعـية إليه مع كونه جـائز الاتخاذ ؛ أي : إذا بيع شيء محلى بذهب أو فضـة ، وهو معنى قوله :(**مِنْ أَحَدِ النَّـقْدَيْنِ**) كمصـحف أو سيف بصنفه ، أي : كان محلى بفضة وبيع بفضة ، أو بذهب وبيع بذهب فيجوز على المشهور، خلافاً لابن عبد الحكم بثلاثة شروط :

الأول : أن تكون الحلية تبعاً للمحلى ، وإليه أشار بقوله : (**تَبَعا**) .

الثاني : أن تكون الحلية مباحة .

الثالث : أن تكون مسمرة على المحلى في نزعها ضرر ، وإن لم يكن في نزعها ضرر فلا، قال الباجي [(١)] : كالفصوص المصوغ عليها ، أو حلية المصحف المسمرة عليه ، وحلية السيف المسمرة في حمائله وجفنه .

وأما القلائد التي لا تفسد عند نظمها ، فظاهر المذهب: أنه لا تأثير لها في الإباحة ، وبه قال ابن حبيب .

وهذا الشرط أيضاً يؤخذ من كلام المصنف ؛ لأنه لا يقال : محلى مع الانفصال .

وذكر ابن راشد عن المتأخرين قولين ؛ بالجواز ، والمنع إذا كان يغرم ثمناً في رد الحلية بعد فصلها .

وقال اللـخمي : لم يختلفوا إذا كانت الحلية منقوشة وهي تبع له أنه لا يجوز أن يباع نصل السيف وحليته بجنسها نقداً ولا إلى أجل .

قال : وأرى إذا كـانت قائمة بنفـسها صيـغت ثم ركبت وسمـرت أن يكون لها حكم المنقوض ؛ لأنه ليس في ذلك أكثر من أنها سمرت بمسامير .

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٢٥١) .

قوله: (**وَفِي المُؤَجَّلِ قَـولانِ**) **المازري**: المشهور المنع خلافاً لسحنون وأشهب. وهذان القولان مفرعان على المشهور، وإلا فابن عبد الحكم الذي يمنع في النقد بمنع المؤجل أولى، وفي مسألة التأخير قول ثالث لمحمد بالكراهة.

إن قيل: لم أجازوا هنا ما لم يجيزوه في البيع والصرف؟

قيل: للضرورة إلى استعماله وللمضرة الحاصلة في نزعه، والله أعلم.

المتيطي: فإن بيع بصفة إلى أجل فسخ ورد، إلا أن يفوت بتفصيل حليته فيمضي ولا يرد، هذا مذهب ابن القاسم في «المدونة» وغيرها، وقال أشهب: يكره ابتداءً، فإن وقع مضى ولا يرد.

وَإِن لَم يَكُن تَبَعًا لَم يَجُز

يعني: وإن لم تكن الحلية تبعاً لم يجز بيعه بصنف حليته نقدًا ولا إلى أجل؛ لعدم تحقق التماثل.

فَإِن بيعَ بغَيرِ صِنفِه، فَإِن كَانَ تَبَعًا جَازَ مُعَجَّلاً، وَفِي المُؤَجَّلِ قَولاَنِ

كما لو كان محلىً بفضة وبيع بذهب، ولا خفاء في الجواز مع النقد إذا كان تبعًا؛ لأن الصرف غير مقصود، والمشهور من القولين في المؤجل: المنع خلافًا لسحنون.

فَإِن لَم يَكُن تَبَعًا جَازَ مُعَجَّلاً فَقَط

أي: وإن بيع بغير صنفه والحلية ليست تبعًا جاز معجلاً.

وظاهر كلامه: أنه لم يختلف فيه كما في البيع والصرف، ولعله لعدم انفكاك أحدهما عن الآخر.

وظاهر كلام اللخمي: أنه يجري فيه ما جرى في البيع والصرف.

والتَّبَعُ: الثُّلُثُ، وقِيلَ: دُونَهُ، وَقِيلَ: النِّصفُ

الأول: هو المذهب.

والثـاني: خرجه ابن بشير مما قيل في المذهب أن الثلث كثير، والقول بتبعية النصف مشكل؛ لأن النصف لا يكـون تبعًا لنصف آخـر، لكن استدل له بقـوله سبحـانه وتعالى: ﴿قُمِ اللَّيْلَ إِلاَّ قَلِيلاً . نِّصفَهُ أَوِ انقُصْ مِنْهُ قَلِيلاً﴾ [المزمل: ٢، ٣] وهذا القول حـكاه الباجي

عن بعض العراقـيين، وخرجه البـاجي أيضًا من إجازتهم الـشراء بنصف درهم ورد نصف درهم.

ويُعتَبَرُ بالقِيمَةِ ، وقِيلَ: بالوَزنِ مَعَ قِيمَةِ المُحَلَّى

سببـهما، هل تعتبر الصـياغة أم لا ؟ ومعنى كلامه: أنـا إذا بنينا على المشهور من أن التبع الثلث ، أو على غيره من الأقوال، فهل يعتبـر التبع بالقيمة أو بالوزن فقط؟ فإن كان وزن الحلية عشـرين ، ولصياغتهـا تساوي ثلاثين ، وقيمة النصل أربـعين، جاز على الثاني دون الأول، والقول باعتبار القيمة هو ظاهر «الموطأ» و«الموازية»، قاله ابن يونس. والثاني: ذكر الباجي [١] أنه ظاهر المذهب قياسًا على النصاب في السرقة والزكاة .

ورد [ابن يـونس] [٢]: بأن من أصلنا التحريم بالأقل، وأما السـرقة والزكاة فإنما رتب النصاب فيهما على الوزن، وما [قلناه][٣]: من أنه تنسب قيمة الحلية مصوغة أو وزنها غير مصـوغة إلى مجمـوع المبيع ، فإن كانت ثلثـه جاز، هو المذهب الذي قاله الناس كـما في بياض المساقاة، ونسـبها ابن بشير إلى قيمة المحلى ، فـإن كانت ثلث ذلك جاز وإلا امتنع، وليس كذلك؛ لأنه إذا نسبت إلى النصل والجفن مثلاً فكانت ثلثهما كانت ربع الجميع .

والثَّوبُ الَّذي لَو سُبِكَ خَرَجَ منهُ عَينٌ كَالمُحَلَّى، وَإِن لَم يَخرُج فَقَولانِ

يعني: والثوب الذي نسج فيه أو طرز بالذهب أو الفـضة إن كان يخرج منه لو سبك عين فأجـرِه على ما تقـدم في المحلى، وإن لم يخرج كالورقـة فللأشيـاخ قولان بناءً على استهلاكه أو قيام صورته .

والحُلِيُّ مِنَ النَّقدَينِ وَحدَهُ، أَو مَعَ سِلعَةٍ مُمتَنِعٌ بِعَينِ أَحَدِهِمَا اتِّفَاقًا

أي: إذا كان المحلى مصوغًا من الذهب والفـضة، سواء بيع وحده أو مع سلعة وليس أحدهما تبعًا.

وحذف المصنف ذلك اكـتفاء بذكـر التبعـية في قسـيمه ، فـلا يجوز بيعـه بواحد من الصنفين اتفاقًا؛ لأنه إذا امتنع بيع سلعة وذهب بذهب فأحرى بيع فضة وذهب بذهب .

---

(١) المنتقى (٦ / ٢٥٠) .

(٢) في ط : ابن بشير .

(٣) في ط : قلنا .

فَإِن كَانَ أَحَدُهُمَا تَبَعًا لَم يَجُز بِصِنفِ الأَكثَرِ، وَفِي صِنفِ التَّبَعِ قَولاَنِ

أي: فـإن كان الذهـب تابعًا للـفضـة أو العكس لم يجـز بيع ذلك بصنف المـتبـوع، واختلف في بيـعه بصنف التـابع، ومذهب «المدونة»: أنه لا يبـاع به، وفي «الموازية»: وما حلي بذهب وفضة.

قال ابن القـاسم عن مالك: فليبع بأقلهما إن كان الثلث فدون يدًا بيد، وإن تقاربا بيع بالعروض أو الفلوس.

ثم رجع مالك، فقال: لا يباع بورق ولا بذهب على حال، وبهذا أخذ ابن القاسم.

وبالجواز أخذ ابن زياد، وأشهب، وابن عبد الحكم.

وأورد ابن عبد السلام على المصنف: أنه ذكر إذا لم يكن أحـدهما تابعًا للآخر الاتفاق على أنه لا يجوز بيعه بأحدهما، قال: وليس كذلك؛ لأن ابن حبيب أجاز بيعه بكل واحد من النقدين إذا كان مجمـوعهما تبعًا للسلعة، سواء كان أحدهمـا تبعًا للآخر أو لا إذا كان نقدًا، قاله في «الواضحة».

بل قـال اللخـمي: ولم يختلف في المحلى يكون فيـه ذهب وفضة ، ولؤلؤ وجوهر، والذهب والفـضة الثلث فـأقل، واللؤلؤ والجـوهر الثلثان فـأكـثر، أنه يبـاع بأقل من ذلك كالسيف.

وقـال صاحـب «الإكمـال»[1]: فإن كان فـيهما عرض وهما الأقل بيع بأقلهـما قولاً واحدًا.

والتَّبَعِيَّةُ بالقِيمَةِ، وقيلَ بالوَزنِ

القولان كالقولين المتقدمين.

وَالمَغشُوشُ: مُقتَضَى الرِّوَايَاتِ جوَازُ بَيـعهِ بصنفهِ الخَالِصِ وَزنًا؛ لأَنَّهُ كَالعَدَمِ، وقيلَ: لا يَجُوز...

والمغـشـوش: خلط جسم بجسم حـتى لا يمكن التمييز بينـهما، والظاهر أنه لا يريد بالروايات هنا أقـوال مالك ، وإن كـان ذلك الاصطلاح، وإنما أراد منصوصـات المذهب،

---

(١) الإكمال (٥ / ٢٧٤).

ومعنى كلامه: أنه يؤخذ من روايات المذهب جـواز إبدال المغشوش بالخالص وزنًا، والجواز حكاه ابن شعبان .

وحكى في «البيان» (١) القولين صريحين، قال: والصحيح عدم الجواز لعدم التماثل.

ولم يقم دليل على تـقديرهم الغش فـي القول الأول كـالعـدم، لكن الأول هو الذي يؤخذ من كلام ابن القاسم في «المدونة» وكلام غيره.

وذلك هو الذي أشار إليـه المصنف بالروايات ، ولقول ابن القاسم: ولا يعـجبني بيع الدرهم الرديء ـ وهو الذي عليـه النحاس ـ بدرهم فضـة وزنًا بوزن ولا عرض؛ لأن ذلك داعية إلـى إدخال الغش في أسواق المسلمين ، لكن يقطعـه ويجوز حينئذ بيـعه إذا لم يكن يغر به ولم يكن يجري بينهم .

فقول ابن القاسم: يقطعه وحينئذ يجوز بيعه، يقتضي جواز بيعه بصنفه الخالص ؛ لأنه إنما منعه أولاً للغش وقد انتفى الغش .

قـال في «المدونة»: قال أشهب: إن رد لغش فيه لم أر أن يبـاع بعرض ولا فضة حتى يكسر.

وإذا تقرر هذا علمت أنهم إنما تكلموا في المغشوش الذي لا يجري بين الناس، ويؤخذ من كلامهم جواز بيع المغشوش بصنفه الخـالص إذا كان يجري بين الناس كما بمصر عندنا، والأقـرب حـمل كلام المصـنف على هذه الصـورة لا على الأولى، وهو مـا أراده المصنف بالروايات، ويجوز بدله على وجه الصرف بدراهم جياد وزنًا بوزن، وهو يشبه البدل.

وقال صـاحب «النكت»(٢)**، وابن يونس**(٣): وقول أشهب وفاق لقول ابن القاسم ، ومراد أشـهب: بعد كسـره، وظاهر قول أشـهب جواز بدل المغشـوش بالخالص ولو كـثر مراطلة، وأبقاه ابـن محرز وغيره على هذا الظاهـر ، وتأوله ابن الكاتب واللخمي على أنه إنما يجوز عنده في القليل الدرهمين والثلاثة؛ لقوله: كالبدل.

ورد بأن قوله: وزنًـا بوزن ينافي ذلك؛ لأن المبادلة لا يراعى فـيها القـدر بالوزن وإنما

---

(١) «البيان والتحصيل» (٧ / ٢٠).
(٢) «النكت والفروق» (٢ / ٤٢).
(٣) «الجامع» (٨ / ٢٢٨).

الاعتبار بالعدد، وتردد أبو عمران في قول أشهب هل هو وفاق لقول ابن القاسم أم لا؟

وَكَذَلِكَ المَغشُوشُ بالمَغشُوشِ علَى الأصحِّ

أي: وكذلك تجوز مراطلة المغشوش بمغشوش مثله .

ابن عبد السلام: ولعل هذا مع تساوي الغش، وأما مع اختلافه فلا . انتهى.

وذكر صاحب «البيان» عن شيخه ابن رزق: أنه لا يجوز بدل المغشوش بالمغشوش؛ لأنه فضة أو ذهب ونحاس بذهب ونحاس.

قال: ولا أقول به، بل أرى ذلك جائزًا؛ لأن الفضة التي مع هذه كالتي مع هذه والنحاس كالنحاس، فلا يتقى في هذا ما يتقى في ذهب وفضة منفصلين بذهب وفضة منفصلين.

وَيُكسَرُ الزَّائِفُ إِن أَفَادَ وإلا سُبكَ

أي: إن أمن مع قطعه أن يغش به ، وإن لم يؤمن فلابد من سبكه .

قال في «البيان»[1]: ولا يحل أن يغش بها أحدًا ولا أن يبيعها ممن يغش بها ، ويكره أن يبيعها ممن لا يأمن أن يغش بها كالصيارفة.

واختلف في بيعها ممن لا يدري ما يصنع بها ، فأجازه ابن وهب وجماعة من السلف، وكرهه ابن القاسم ورواه عن مالك .

ويجوز أن تباع ممن يكسرها أو ممن يعلم أنه لا يغش بها باتفاق، فإن باعها ممن يخشى أن يغش بها فليس عليه إلا الاستغفار، وإن باعها ممن يعلم أنه يغش بها وجب عليه أن يستردها، فإن لم يقدر فثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يجب عليه أن يتصدق بجميع الثمن .

والثاني: أنه لا يجب عليه أن يتصدق إلا بالزائد على قيمتها لو باعها ممن لا يغش بها.

والثالث: لا يجب عليه أن يتصدق بشيء منها ولكنه مستحب .

وَيُعتَبرُ الرِّبَا بَينَ السَّيِّدِ وَعَبدِهِ علَى المَشهُورِ

---

(١) «البيان والتحصيل» (٧ / ٢٠).

أي: لا يجوز بين السيد وعبده ربا الفضل ولا ربا النساء، والشاذ لابن وهب؛ إما لأن العبد لا يملك، أو لأن السيد قادر على الانتزاع.

وينبغي أن يقيد هذا بمن له انتزاع ماله ليخرج المكاتب ونحوه؛ ولهذا قالوا: إن كان على العبد دين لم تجز مراباته اتفاقًا.

بعض المتأخرين: إلا أن يلتزم السيد الدين فالخلاف، وليس هذا خاصًا بالربا، بل يجري في فسخ الدين، وضع وتعجل، وحط الضمان وأزيدك، وما أشبهه.

والمُرَاطَلَةُ : لَقَبٌ فِي بَيعِ العَينِ بِمِثلِهِ وزنًا

اعلم أن العين إن بيع بعين مخالف سمي صرفًا، وإن بيع بمماثل سمي مماثلة، فإن كان وزنًا سمي مراطلة، وإن كان عددًا سمي مبادلة.

والمراطلة: مفاعلة، ومعناها: موازنة ذهب بذهب حتى كأن أحدهما رطل وزن به الآخر.

والظرفية بـ (في) مجاز؛ **أي**: مستقرة في بيع العين بمثله وزنًا، ويحتمل أن يكون (في) بمعنى (على).

واعترضه ابن عبد السلام بأن هذا الحد غير مانع لدخول ما ليس بمراطلة في اصطلاح الفقهاء فيه؛ وهو بيع الفضة بالذهب مثلاً، قال: ولا يصح أن يريد بالمثلية النوع؛ لأن **(وزنا)** تمييز لتلك المثلية.

وقد يجاب عنه: بأن (وزنًا) حال، و(بمثله) صفة لمحذوف يدل عليه ما تقدم؛ أي بعين مثله حال كونه موازنة.

والمراطلة جائزة في غير المسكوك بلا إشكال، وكذلك المسكوك على الصحيح، وهو قول أبي عمران، وأبي بكر بن عبد الرحمن وغيرهما، وعليه حمل عياض «المدونة».

ومنع ذلك القابسي إلا بعد معرفة وزنه؛ لئلا يؤدي إلى بيع المسكوك جزافًا، وإليه يرجع كلام الباجي.

ابن يونس(١): والأول هو الصواب، إذ لا غرر فيه؛ لأنه إنما يأخذ مثل ذهبه أو دراهمه.

---

(١) «الجامع» (٨ / ٢٤٢).

عياض: وعلى قول القابسي إذا كانت عددًا فلابد من معرفة عدد الدراهم من الجهتين أو الدنانير بخلاف الوزن، لأن معرفة وزن أحدهما معرفة لوزن الآخر، بخلاف معرفة العددي إلا في مثل القائمة وشبهها، المعروف اتفاق وزنها وعددها، فمعرفة ما في الكِفَّةِ الواحدة منها معرفة لما في الأخرى من وزن أو عدد .

فَإِنَ كَانَا سَوَاءً ، أَو أَحَدُهُمَا أَجوَدُ جازَ اتفاقًا، وإِنَ كانَ أَحَدُهُمَا بَعضُهُ أَجوَدُ وبَعضُهُ أَدنَى، امتُنِعَ وِفاقًا....

أي: فإن كان الذهبان أو الفضتان متساويين في الجودة أو كان أحدهما أجود جاز اتفاقًا؛ لانحصار الفضل في جهة .

وقاعدة هذا ونحوه: أنه مهما تمحض الفضل من جانب جاز؛ لانتفاء قصد المكايسة، وإن دار الفضل من الجانبين امتنع اتفاقًا لقصد المكايسة كما قال .

وإن كان أحدهما بعضه أجود وبعضه أدنى امتنع اتفاقًا، مثاله: لو كان لأحدهما درهم إسكندري ودرهم مغربي وللآخر درهمان مصريان؛ لأن صاحب المصريين إنما ترك جودة مصرية الواحد بالنسبة إلى الإسكندري لجودة درهم الآخر المغربي على جودة المصري فيحصل التفاضل متقابلاً.

ابن المواز: وقد خفف مالك في القطعة من الذهب تجعل مع الجيد من المالين ليعتدل الميزان فيها ثمن أو سدس أو ثلث إذا لم يغتن بها فضل عيون التي معها .

وظاهره: أنه قيد المنع بما إذا كان الرديء الذي مع الجيد كثيرًا، لكن قال محمد بإثر هذا الكلام: ما لم تكن القطعة رديئة .

مالك: وإن كان فيها قدر الدينار لم يجز، إلا أن يكون مثل المفردة فأجود.

فرع:

ابن يونس وغيره: ولا يجوز إذا رجح ذهب أحدهما أن يترك ذلك ولا أن يأخذ عنه شيئًا.

وَإِن كَانَ أَحَدُهُمَا بَعضُهُ أَجودُ وَبَعضُهُ مُساوٍ، جَازَ خِلافًا لسَحنُونٍ

مثاله: درهمان مغربيان في مقابلة درهم مغربي ودرهم مصري، فالمذهب: الجواز

لتمحض الفضل.

ورأى سحنون: أن الدنيء قد يقـصد لشيء فيه، فيبقى قـصد المكايسة، وثبت هنا في بعض النسخ ما نصه :

قَاسَهَا عَلَى مُدَّيْ شَعِيرٍ بِمُدٍّ قَمحٍ ومُدٍّ شَعِيرٍ، لِلذَّرِيعَةِ

أي: أن سحنونًا قاس المنع في هذه الصورة على ما منعه مالك وابن القاسم في صورة الطعام، وإن كان ابن حبيب أجاز مدي قمح بمد قمح ومد شعير .

والجامع بينهـما عند سحنون مـا ذكره من الذريعة إلى التـوسل للتفاضل؛ لأنهـما لم يتبايعا على هـذا الوجه إلا لغرض لهما في المكايسة ، إذ لو كـان الغرض المكارمة بالأجود لباعه بالأدنى ولم يخلط المساوي، فخلطهما دليل على قصد المبايعة .

وفرق اللخمي: بأن الذهب يساوي ما كـان منه من سكة واحدة قطعًا، بخلاف الطعام فإن الأغراض تختلف فيه .

ابن عـبـد الســلام: وبقي عليه إذا كان بعـضه أردأ وبعضه مساوٍ، فـأجازها أيضًا ابن القاسم ومنعها سحنون .

خـليـل: وفيه نظر؛ لأنه إذا كان بعـضه أجود وبعضه مساو لزم بـبديهة العقل أنه من الجانب الآخر؛ أحـدهما أدنى والآخر مساو ـ وهو واضح ـ فليس همـا صورتين بل صورة واحدة، والله أعلم .

و(بعضه) يحتـمل أن يكون مرفوعًا على الابتداء، و(أجود) خـبره، ويحتمل أن يكون بدلاً من أحدهما فينصب أجود خبرًا لكان .

وَالوَزنُ بِصَنجَةٍ جَائِزٌ، وقِيلَ : فِي كِفَّتَينِ

الصنجة: ـ بفتح الصاد ـ : لفظ عربي، قاله الجوهري(١).

ابن السكيت(٢): ولا يقال سنجة، الجوهري: وكل ما استدار سمي كفة ـ ككفة الميزان وكفة الصائد وهي حبالته، ويقال أيضًا: كَفّة بالفتح .

---

(١) «الصحاح» (١ / ٣٩٧).

(٢) «النوادر والزيادات» (٦ / ٦).

وظاهر كلام المصنف: أن الخلاف في الجواز، وليس كذلك بل لا خلاف في جوازها، وإنما الخلاف في الأرجح، فقيل: الأول أرجح، وهو أن يزن أحدهما ثم يزن الآخر بالصنجة التي وزن بها الأول ليتحقق التماثل، سواء كان في الميزان عيب أو لا، وإليه ذهب صاحب «البيان»(١).

وقيل: الثاني أرجح، وهو أن يضع هذا ذهبه من ناحية والآخر ذهبه من الناحية الأخرى لسرعة التناجز.

وَفِي اعتِبَارِ زِيَادَةِ السَّكَّةِ والصِّيَاغَةِ كَالجَودَةِ طَرِيقَانِ: الأُولَى: ثَالِثُهَا: الصِّيَاغَةُ خَاصَّةً...

قد تقدم أن الجودة يدور بها الفضل من الجانبين ولا خلاف في ذلك. واختلف هل تعتبر السكة والصياغة كالجودة على طريقين:

الأولى: فيها ثلاثة أقوال:

الأول: يعتبران؛ لأن الغرض يتعلق بهما كالجودة، كالعرضين مع التعيين، وهو الظاهر.

الثاني: لا يعتبران؛ لأن الشرع إنما طلب المساواة في القدر خاصة، وهو منقوص بالجودة، وهو قول القابسي، واختاره ابن يونس.

ابن عبد السلام: وفهم الأكثرون «المدونة» عليه، ومنهم من تأولها على الأول.

الثالث: اعتبار الصياغة دون السكة؛ لأن الصياغة مقصودة لنفسها دون السكة فإن المقصود فيها إنما هو العلامة.

الثَّانِيَة: تَقيِيدُ الأَقوَالِ باتِّحَادِ العِوَضَينِ واعتِبَارِهِمَا إِذَا اختَلَفَ العِوَض

يعني: أن أصحاب الطريقة الثانية يرون أن الخلاف المذكور إنما هو إذا اتحد العوضان، وأما إن اختلفا حتى يقوى اختلاف الأغراض فيهما فيتفق على اعتبارهما إلحاقًا بالجودة.

وهكذا نقله ابن شاس(٢) وعليه مشاه ابن راشد وغيره، وعكس ابن عبد السلام هذا التقييد ولعله سهو.

المُبَادَلَةُ: لَقَبٌ فِي المَسكُوكَينِ عَدَدًا

أي: لقب في بيع المسكوكين عددًا بشرط اتحاد النوع.

(١) «البيان والتحصيل» (٩ / ٤٦٩).
(٢) «الجواهر» (٢ / ٣٨٩).

وَهِيَ جَائِزَةٌ فِي العَدَدِيِّ دُونَ الوَزْنِيِّ

يـعــنـي: فلا تجـوز إلا في الدنانير والدراهم إذا كان التـعامل بها عـددًا، وهو مراده بالعددي. أمـا لو كان التعـامل بها وزنًا لم يجز إلا بالوزن فـتعود مـراطلة، وكان الأصل منعهـا؛ إلا أنهم رأوا أنه لو كان التعامل بـالعدد أن النقص يجري مجـرى الرداءة والكمال يجري مجرى الجودة؛ ولأنه لما كان النقص حينئذ لا ينتفع به صار إبداله معروفًا، والمعروف يوسع فيه ما لم يوسع في غيره، وبخلاف التبر وشبهه.

ولا يقال: هذا تكرار مع الأول؛ لأن الأول أفاد أن المبادلة بيع مسكوك بمسكوك عددًا، وهو أعم من أن يكون التعامل في ذلك المسكوك وزنًا وعددًا، والثاني أفاد اشتراط أن يكون التعامل بينهم فيه بالعدد لا بالوزن.

اللخمي: ويشترط في الجواز: أن تكون السكة واحدة.

وَيَجُوزُ إِبدَالُ القَلِيلِ بِأَوزَنَ مِنهُ يَسِيراً لِلمَعرُوفِ وَالتَّعَامُلُ بِالعَدَدِ

أي: إذا كان التعامل بينهم بالعدد جاز بدل الناقص بالوازن، بشرط أن يكون ذلك في القليل وأن يكون دافع الأكثر قصد المعروف في حال كون التعامل بالعدد.

ورأوا أن قصد المعروف يخصص العمـومات كما في القرض، ألا ترى أن بيع الذهب بالذهب نسيئة ممتنع، فإذا كان على وجه القرض جاز.

واحترز بالقليل من الكثـير فلا يعتبر ذلك، وبالوزن من الزيادة في الـعدد فلا يجوز، وباليسير مما لو كان أوزن منه كثيرًا؛ لأن اليـسير هو الذي يسمح به في العادة غالبًا، فلذلك قصروا الجواز علي الرجحان اليسير في العدد اليسير.

وَالثَّلاثَةُ قَلِيلٌ، وَالسَّبعَةُ كَثِيرٌ، وَفِيمَا بَينَهُمَا قَولانِ

أي: فلا يجوز بدل سبعة بأوزن منهـا؛ لزيادتها على ضعف أقل الجمع، ويجوز ذلك في الثلاثة اتفاقًا لأنها أقل الجمع.

ومذهب «المدونة» فيما بينهما على ما في الأمـهات الجواز، فإنه أجاز له أن يبدله ستة تنقص سـدسًا بسـتة وازنة على المعـروف، والقـول الآخر في «الموازية». وأصلح سـحنون «المدونة» عليه، وجعل موضع الستة الثلاث.

ومن شرط المبادلة: أن تكون بلفظ المبادلة، وأن تكون بغـير مراطلة، وأن تكون واحدًا

بواحد احترازًا من واحد باثنين .

وَاليَسِيرُ: سُدُسٌ فِي الدِّينَارِ، وقِيلَ: دَانِقَانِ

الدانقان: الثلث.

وفي [الجوهري][(١)] [(٢)]: الدانق: السدس.

والأنقصُ أجودُ مُمتَنعٌ باتِّفَاقٍ

أي: لا يجوز أن يبدل الناقص الأجود بالأكمل الأردأ اتفاقًا؛ لدوران الفضل من الجهتين.

وإلاَّ فَجَائِزٌ باتِّفَاقٍ

أي: وإن لم يكن الأنقص أجود بل كان مساويًا جاز؛ لتمحض الفضل من جهة واحدة.

وأورد ابن عبد السلام إذا كان الأوزن أجود فإن كلامه يدل على أنه متفق عليه ، ونص الباجي[(٣)] على أنه مختلف فيه .

وأجيب: بأنه لما لم يكن بين الأزيد والأجود سكة وبين الأزيد والأجود جوهر فرق اكتفى بذلك الخلاف .

والأزيَدُ أَجوَدُ سكَّةً جَائزٌ عندَ ابنِ القَاسمِ، مُمتَنعٌ عندَ مَالك، وهُوَ مُشكلٌ، وعُلِّلَ بأن السِّكَك يختَلِفُ نِفَاقُهَا فَيُمتَنَعُ كَمَا مُنِعَ القَمحُ عَنِ الشَّعيرِ قبلَ الأَجَلِ فِي القَرضِ....

يعني: أن ابن القاسم أجاز بدل الأوزن الأجود سكة كضرب ملك الوقت لتمحض الفضل من جهة، ومنعه مالك وربيعة، واستشكل لانحصار الفضل من جهة.

وعلل أبو الطيب ابن خلدون قول الإمام بأن السكك تختلف فيها أغراض الناس بحسب البلدان والأزمان، فربما كان الأدنى في بلد أو في زمان أنفق فلا يتمحض الفضل.

وقاس المصنف ذلك على منع اقتضاء القمح عن الشعير قبل الأجل في القرض وإن

(١) في ط: الجواهر.

(٢) الصحاح (١ / ٢١٥).

(٣) «المنتقى» (٦ / ٢٦١).

كان القمح أفضل ؛ لأن الشعير قد يرغب فيه في وقت أو بلد.

وعللها القابسي: بأن الأصل منع التفاضل بين الذهبين، فخص الإجماع ببدل الناقص بالوازن من سكة واحدة، وبقاء ما سواه على الأصل.

وَالقَضَاء بِالمُسَاوِي، وَالأَفضَلُ صِفَةً جَائِزٌ

القضاء: أداء الدين، ثم لا يخلو أن يكون عن قرض أو عن ثمن مبيع.

والكلام الآن على الأول، وأما الثاني فسيأتي، ولا شك في جواز التساوي.

وأما الأفضل صفة، فالأصل في جوازه ما في الصحيح: أنه عليه الصلاة والسلام استسلف بكرًا فقدمت عليه إبل من الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكرًا، فرجع إليه وقال: لم أجد فيها إلا خيارًا رباعيًا، فقال: «**أعطه إياه إن خير الناس أحسنهم قضاء**»(١).

ولهذا أجاز أصحابنا إذا كان التعامل بالعدد لمن استسلف عشرة دراهم ناقصة أو أنصافًا يقضيه عشرة دراهم كاملة بغير خلاف.

فإن قيل: لا دلالة فيه لأنه عليه الصلاة والسلام اقترضه للمساكين، وإلا فلو اقترضه لنفسه لما أعطاه من الصدقة لكونها لا تحل له ، وعلم ﷺ أن المقرض مسكين فأعطاه الزيادة لفقره.

قيل: التعليل ينافيه، لكن قد يقال: ظاهر التعليل يقتضي جواز الزيادة في الوزن والعدد.

فإن قلت: زيادته ﷺ رخصة والأصل عدمها، ولا يصح القياس على الرخص على الصحيح.

قيل: لم نتمسك بالقياس وإنما تمسكنا بعموم النص، والله أعلم .

وبالأفضَلِ مِقْدَرًا ، لا يَجُوزُ إلا فِي اليَسِيرِ جِدا، وقَالَ أَشهَبُ: مُطلَقًا

أي: فإن قضاه أجود قدرًا فلا يجوز إلا أن تكون الزيادة يسيرة جدًا، كما قال ابن المواز، مثل رجحان الموازين.

---

(١) أخرجه مسلم (١٦٠٠) من حديث أبي رافع رضي الله عنه.

وقال أشهب: تجوز الزيادة اليسيرة؛ **أي**: مطلقًا، سواء كانت الزيادة اليسيرة مقيدة بحد أو لا.

وكذا نقل اللخمي، والمازري، وابن يونس[١]، وابن شاس[٢] وغيرهم عن أشهب، وإنما نقلوا في الزيادة مطلقًا كثيرة كانت أو قليلة الجواز عن عيسى بن دينار وابن حبيب.

وفسر أشهب في «الموازية» الزيادة اليسيرة بزيادة إردب أو إردبين في المائة، أو درهم أو درهمين فيها، وهذا تقييد زيادة في القول الأول كما ذكرناه.

وقوله: **(وبالأفضَلِ مقدارًا)** يريد: في الوزن، وأما الأفضل عددًا فلا، وإن كان ظاهر لفظه يتناوله، لأن المشهور لا تجوز الزيادة في العدد.

قال في «الرسالة»[٣]: ومن رد في القرض أكثر عددًا في مجلس القضاء، فقد اختلف في ذلك إذا لم يكن فيه شرط ولا وأي ولا عادة إلى أن قال: فأجازه أشهب وكرهه ابن القاسم ولم يجزه.

وظاهره: أنه يجوز عند أشهب مطلقًا، وقد يتمسك بهذا في أن أشهب يجيز زيادة القدر مطلقًا، لأنه إذا جاز في العدد فأحرى في الوزن.

لكن نقل ابن زرقون قول أشهب وبين فيه أن أشهب إنما يجيز الزيادة اليسيرة في العدد.

وبالأقَلِّ صِفَةً ومِقدارًا جائزٌ بعدَ الأجَلِ مُمتَنعٌ قَبلَهُ

جاز بعد الأجل لأنه حسن اقتضاء، ومنع قبله لأنه ضع وتعجل.

فَإِنْ كَانَ الفَضلُ فِي الطَّرَفَينِ مُنِعَ وِفَاقًا كالمُرَاطَلَةِ

مثاله: لو اقتضى تسعة محمدية عن عشرة يزيدية، فإنه يمنع سواء كان بعد الأجل أو قبله؛ لأنه ترك فضل العدد لفضل المحمدية وهو ظاهر.

وثَمَنُ المَبيعِ مِنَ النُّقُودِ كَالقَرضِ

يعني: أن من باع سلعة بدنانير أو بدراهم أو بعين غير مسكوكة، فإنه يعتبر في قضاء

---

(١) «الجامع» (٨/ ٢٥٢).

(٢) «الجواهر» (٢/ ٣٩٢).

(٣) «الرسالة» (ص/ ٢١٣).

ثمن تلك السلعة مما يجوز ويمتنع ما اعتبر في قضاء القرض إلا ما خصصه من جوازه بأكثر.

واعترضه ابن عبد السلام: بأن إطلاقه القضاء في القرض وتخصيصه ثمن المبيع بالنقود لا يصح؛ لإيهامه عموم حكم القرض بالنسبة إلى العين والطعام وخصوص الثمن بالنقود، وليس كذلك، بل هما متساويان.

ورد بأن تخصيص المصنف صواب؛ لأن قضاء الأفضل قبل الأجل في البيع ممتنع، سواء كان عرضًا أو طعامًا؛ لما فيه من حط الضمان وأزيدك قولاً واحدًا، بخلاف القرض فإنه جائز إلا أن يكون الفضل في النوعية، كأخذ سمراء عن محمولة قبل الأجل فيه خلاف في «المدونة» وغيرها.

فقد تبين الاختلاف في الطعام إذا كان ثمنًا وإذا كان قرضًا، فلهذا خصصه المصنف بالنقود كابن بشير وابن شاس[1].

وَلَم يُختَلَف فِي جَوَازِه بِأَكثَرَ مِقدَارًا

لأنه حسن قضاء، وفي القرض سلف جر منفعة فافترقا.

والسِّكَّةُ والصِّيَاغَةُ فِي القَضَاءِ كَالجَودَةِ اتِّفَاقًا

يعني: أن حكمهما إذا كانا في مقابلة التبر والقراضة حكم الجودة بالاتفاق، فحيث يمتنع فيها يمتنع هنا.

مثاله: لو كان عنده عشرة مسكوكة أو مصوغة فاقتضى عنها عشرة تبرًا أطيب.

ابن راشد: وإنما اتفقوا على اعتبارهما في القضاء واختلف فيهما في المراطلة؛ لأن المراطلة لم يجب لأحدهما قبل الآخر شيء فيتهم في ترك الفضل لأجل ما أخذ، وهاهنا قد وجب له أخذ ذهب مسكوك أو مصوغ، فإذا أخذ عنه تبرًا أجود فيتهم أن يكون ترك فضل السكة أو الصياغة لفضل الجودة.

والاتفاق الذي حكاه المصنف إنما هو فيما بين المسكوك أو المصوغ والتبر لا فيما بين المصوغ والمسكوك؛ لأنه اختلف في جواز اقتضاء المسكوك من المصوغ على قولين حكاهما ابن عبد السلام وغيره.

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٩٣).

وَخَـرَّجَ اللَّخميُّ مِـمَّا إذَا بَاعَ أَو أَسلَفَ قَائمَـةً وَزنًا جَازَ أَن يَقـضِيَ مَجمُـوعَةً وَزنَهَـا إلغَاءَهُمَا، وردَّه ابنُ بَشِيرٍ بأَنَّ التَّعَامُل بالوزنِ يُلغَى مَعَهُ العَدَدُ....

يعـني: وخرج اللخمي إلغاء السكة والصيـاغة من مسألة «المدونة»، وهي إذا باع قائمة بالوزن أو أسلف قائمة بالوزن جاز أن يأخذ مجـموعة بوزنها؛ لأنه قد ألغى الجودة، إذ لو اعتبرها لمنع اقتضاء المجموعة من القائمة؛ لأن القائمة فضلت المجموعة بالجودة، والمجموعة فضلتها بالعدد.

و(**إِلغَاءَهُـمَا**) مفعـول خرج، و (**قَائِـمَةً**) يتنازعه: باع وأسلف وأعـمل فيه أسلف، و(**وَزنًا**) حال.

واعترض ابن عـبد السلام التخريج: بأن دوران الفـضل إنما يكون حيث يكون في كل منهما مـا ليس في الآخر وليس هنا كذلك، إذ القائمة والمجـموعة مشتـركتان في السكة، ولئن سلم هذا التحريم في السكة فلم قلت: إنه يلزم مثله في الصياغة، فإن الأمر فيها أشد عند بعضهم كما تقدم، ورد بوجهين:

الأول: بأن الجهتين هنا كما ذكرنا.

والثاني: بأنه إنما يرد لأجل أن المصنف لم يذكر الصورة التي خرج منها اللخمي إلغاء الصيـاغة، ولو ذكرهـا لم يأت. وهي: من أصدق زوجتـه مائة دينار ثم قـضى وزنها من الحلي، فمنع ذلك في «الموازية»، قال فيهـا: ويفسخ إن وقع؛ لأن الدنانير لها فضل السكة وليس ذلك للحلي، وللحلي فضل الصياغة وليس ذلك للدنانير.

وأجاز ذلك في «مـختصر ابن عبـد الحكم»، بناء على إلغاء الصيـاغة والسكة، وعلى ذلك خرج اللخمي.

ورد ابن بشير تخريج اللخمي بأن العدد يعتبر إذا كان التعامل به، وأما إذا كان التعامل بالوزن فـلا؛ لأن العدد حـينئـذ مطرح، لأنهـا لما ترتبت في الذمـة بالوزن فلم يدخل إلا عليه.

ابن عبد السلام: وهذا الرد ضعيف؛ لأنه غير محل النزاع، لأن كلام اللخمي إنما هو في السكة والصياغة لا في العدد.

ورد بأن اللخمي استقرأ إلغاء السكة بنـاء على اعتبار العدد؛ لأن الفضل إنما يدور من

جهتين إذا كان العــدد معتبرًا، فرده ابن بشـير بأن العدد هنا غير معتــبر فلم يدر الفضل من جهتين، لكن صورة «الموازية» و«المختصر» لا يتصور فيهما هذا الرد.

وَلَو قُطِّعَتِ الفُلُوسُ، فَالمَشهُورُ المِثلُ

أي: لو باعه بفلوس أو أسلـفه فلوسًا فـقطع التعامل بهـا، فالمشهـور أنه لا يلزمه إلا مثلها؛ لأنها من المثليات .

وذكر ابن بشير أن الأشياخ حكوا عن «كتاب ابن سحنون» أنه يقضي بقيمتها، وظاهره بقيمة الفلوس.

لكن حكى بعضهم عن «كتاب ابن سحنون» أنه يتبعه بقيمة السلعة، وعلى هذا فالشاذ في كلامه متنازع في معناه.

لكن ذكر المازري عن شـيخه عبـد الحميد أنه أوجب قـيمة الفلوس؛ لأنه أعطى شـيئًا منتفعًا به لأخذ منتفع به فلا يظلم بأن يعطي ما لا منفعة فيه.

وألزمه اللخمي عليه أن لمن أسلم في طعام ثم صار الطـعام لا يساوي شيئًا له قدر أن يبطل السلم .

وأجــاب المازري: بأن الأصل في السلم ألا يجوز؛ لأنه بـيع ما ليس عندك، ولكن رخص فيــه لأجل الرفق، والارتفاق الذي هو سـبب الرخصـة إنما هو اختــلاف الأسواق، ولهذا لم يجـز مالك السلم الحـال، فلو أثر اختلاف الأسـواق في فسخـه وهو السبب في جوازه وصحته لكان كالمتناقض بخلاف الدراهم والدنانير.

فَلَو عُدِمَت فَالقِيمَةُ وَقتَ اجتِمَاعِ الاستحقَاقِ والعَدَمِ

اعلم أن اجتماعهما لا يحصل إلا بالأخيـر منهما، وحاصله: إن كان الاستحقاق أولاً فليس له القيمة إلا في يوم العدم، وإن كان العدم أولاً فليس له القيمة إلا يوم الاستحقاق، وهذا كأقصى الأجلين في العدة.

وما ذكره المصنف من وجوب القيمة يوم اجتماع الاستحقاق والعدم هو اختيار اللخمي وغيره.

وقال بعض الشيوخ: تؤخذ منه القيمة يوم التحاكم؛ لأنها لم تزل في ذمته إليه.

وَفِيهَا: لا تُقضَى المَجمُوعَةُ مِنَ القَائمَةِ والفُرَادَى، وتُقضَى القَائِمَةُ مِنهُمَا، وتُقضَى الفُرَادَى مِنَ القائمَةِ دُونَ المجمُوعَةِ...

نسبها «للمدونة» لإشكالها لما سيذكره من قوله: (ومقتضى). . . إلخ.

وإنما لم تقض المجموعة من القائمة والفرادى؛ لأن القائمة والفرادى أطيب والمجموعة أكثر عدداً، فدار الفضل وأجاز اقتضاء القائمة منهما؛ لأن القائمة أوزن منهما فجاز اقتضاؤها منهما لانفرادها بزيادة ليست فيهما، وبأن اقتضاء الفرادى من القائمة لانفراد القائمة بفضيلة الوزن، ولم يجز اقتضاء الفرادى من المجموعة لدوران الفضل، إذ الفرادى أطيب والمجموعة أكثر عدداً.

اللخمي: وهذه الثلاثة في الاقتضاء على ثلاثة أوجه؛ فيجوز في القائمة والفرادى أن يقتضي بعضها من بعض من غير مراعاة في الفرادى.

ولا يجوز في الفرادى والمجموعة أن يقتضي بعضها من بعض على حال.

ويجوز أن تقتضي القائمة من المجموعة ولا تقتضي المجموعة من القائمة.

هذا قوله في «الكتاب»، والصواب: جواز اقتضاء المجموعة من القائمة كما يجوز أن تقتضي القائمة منها.

فَالمَجمُوعَةُ: المَجمُوعُ مِن ذُهُوبٍ ومِن وَازِنٍ ونَاقِصٍ

أخذ يفسر معاني هذه الألفاظ.

وقوله: (مِن ذُهُوبٍ) **أي**: ذهوب مختلفة من جيد ورديء، وكذلك قال ابن شاس[١].

ولم يذكر في «المدونة» ولا غيرها في تعريفهما إلا الاختلاف في الوزن.

والذهوب: جمع ذهب، ويجمع على أذهاب، قاله الجوهري.

والقَائِمَةُ: جيِّدَةٌ تَزِيدُ إِذَا جُمعَت

أي: هي نوع واحد جيد، كاملة في قدرها إذا جمعت منها المائة تزيد قدر الدينار، وهذا في «المدونة»[٢].

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٩٣).

(٢) «المدونة» (٣/ ٣٦).

والفُرَادَى : جيِّدَةٌ تَنقُص يَسِيرًا إذَا جُمعَت

هي كـالقائمـة إلا أنها تنقص الديـنار في المائة، وهي أجود من المجـموعـة وأردأ من القائمة، قاله المازري.

فَللقَائمَة فَضلُ الوَزن والجَودَة

أي: عليهما.

وَللمَجمُوعَة فَضلُ العَدَد

أي: عليهما.

وللفُرَادَى فَضلُ الجَودَة والعَدَد

أي: لها فضل الجودة بالنسبة إلى المجموعة، أما العدد فليس كذلك؛ لأن عددها وعدد القائمة واحد، والمجموعة أفضل عددًا كما تقدم.

ومُقتَضَى مَنعُ المَجمُوعَة منَ القَائمَة مَنعُ القَـائمَة منهَا، وفُرِّقَ بأَنَّ المَجمُوعَةَ لمَّا ثَبَتَت في الذِّمَّة والاعتبارُ فيهَا بالوَزن أُلغيَ العَدَدُ فَصَارَ الفضلُ في جهَة...

أي: ومقـتضى منع اقـتضاء المجـموعـة من القائمة منـع اقتضـاء القائمـة منها؛ لأن للمجموعة فضل العدد وللقائمة فضل الوزن والجودة فدار الفضل.

وقد قيل: يمتنع اقتضاء كل منهما عن الأخرى لهذا.

وقد ذكرنا أن اللخمي أجاز اقتضاء كل من الأخرى.

وفرق ابن أبي زيد: بأن المجموعـة إذا تقدم ترتبها في الذمة فإنما دخل صـاحبها على الوزن فقط؛ لأنه لم يترتب له عدد معلوم، ولـو أعطاه أقل ما يمكن من العدد ما كان له أن يمتنع ولا يدري ما يعطيه، بخـلاف ما إذا تقدمت القائمة في الذمة فـإنه قد ترتب له عدد، فإذا قضاه مجموعة فإن النفس إذ ذاك تتشوف إلى زيادة العدد فافترقا.

المَطعُومَاتُ: مَا يُعَدُّ طَعَامًا لا دوَاءً

لما انقضى كلامه على النوع الأول من الربوي أتبعه بالكلام على النوع الثاني.

وليس المراد بالمطعوم ما لـه طعم، بل الأخص وهو ما كان مقتـاتًا مدخرًا في زمنه في سائر الأقطار.

ولا خلاف بين العلماء أن الحكم ليس مقصورًا على الأربعة المذكورة في الحديث الصحيح؛ أعني: قوله عليه الصلاة والسلام: «**البر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، يدًا بيد، مثلاً بمثل، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، فإن اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد**».

واختلف في العلة؛ فقيل: المالية فكل مالين من جنس واحد يحرم فيه التفاضل، فلا يباع ثوب بثوبين، ونسبه بعضهم لابن الماجشون.

المازري: وأنكر بعضهم هذا النقل وأضاف الغلط لناقله.

ومذهب الشافعي: أنها الطعم في الجنس الواحد.

ومذهب أبي حنيفة: أنها الكيل مع الجنس.

ومذهب ربيعة: أنها مالية الزكاة.

وليس الغرض هنا الحجاج مع الخصوم ولا التطويل بالتوجيه والفروع، بل ذكر ما لابد منه مما يتعلق بكلام المصنف.

العلَّةُ: الاقتيَاتُ، وفي مَعناهُ: إصلاحُهُ، وقيلَ: الادِّخَار، وقيلَ: غَلَبَتُهُ، وقيلَ: الاقتيَاتُ والادِّخَارُ، وعَلَيه الأكثَرُ، وقيلَ: أَو التَّفكُّهُ والادِّخَارُ، وأنكرَهُ اللَّخميُّ، وقَالَ القَاضِيَانِ: الاقتِيَاتُ والادِّخَارُ للعيشِ غَالبًا، وأنكرَهُ اللَّخمِيُّ

انظر كيف قدم القول بالاقتيات وهو خلاف ما عليه الأكثرون، ولعله ـ والله أعلم ـ لما سيقوله أن لبن الإبل يقوي الاقتيات؛ يعني: أنه اختلف في العلة في مذهبنا، فقال القاضي إسماعيل، وابن بكير: العلة الاقتيات، خلاف ما عليه الأكثرون.

وفي معنى الاقتيات إصلاحه ليدخل الملح والتوابل.

والقول بالادخار لابن نافع، وبغلبته لمالك، هكذا قال الباجي[١] وغيره.

ويظهر الفرق بين الادخار وغلبته في العنب الذي لا يزبب، والرطب الذي لا يتمر، فعلى الادخار يخرج وعلى غلبته يدخل.

فما نسبه المصنف للأكثر عليه تأول ابن رشد[٢] مذهب الكتاب.

(١) «المنتقى» (٦/ ١٨٨).

(٢) «المقدمات» (٢/ ١٣).

وقوله: (**وقِيلَ: أَوِ التَّفَكُّهُ**) يعني: أن هذا القائل يرى أن العلة الادخار مع الاقتيات أو مع التفكه.

وذكره الأبهري عن بعض الأصحاب، فقال: من أصحابنا من يعلل الأربعة التي في الحديث بثلاث علل: فالبر مقتات مدخر، فكل مقتات مدخر فهو مردود إليه، والتمر متفكه مصلح للقوت، فكل ما وجد فيه ذلك فهو مثله، والملح مؤتدم، فكل ما وجد فيه ذلك فهو مثله.

اللخمي: والقول بأن التمر متفكه غلط؛ لأنه كان بالمدينة أصلاً للعيش، وكذلك مدائن اليمن هو العمدة في أقواتهم، ويلزم القائل بأنه متفكه أن يسقط الزكاة منه أو يوجب الزكاة في الفواكه، والقاضيان ابن القصار، وعبد الوهاب.

وتأول أبو جعفر القرطبي مذهب «المدونة» على مذهبهما. وأنكر اللخمي التعليل بكونه أصلاً للمعاش غالبًا، قال: وإنما يحسن أن يكون هذا تعليلاً لوجوب الزكاة، ولهذا لم تجب الزكاة في الجوز واللوز وما أشبه ذلك.

وفي «الموطأ»(١): أن الجوز ونحوه ربوي، وهو قول ابن حبيب.

وفي «المدونة»(٢) ما يدل عليه؛ لأن فيها: وكل طعام أو إدام يدخر فلا يجوز التفاضل فيه إلا ما لا يدخر من رطب الفواكه، كالتفاح، والرمان، والخوخ، واللوز، والموز.

وَلَبَنُ الإِبِلِ يُقَوِّي الاقتِيَاتَ، وأُجِيبَ بِأَنَّ دَوامَ وُجُودِهِ كَادِّخَارِهِ، وبالخِلافِ فِي المَوزِ....

يعني: أن اتفاق أهل المذهب على أن لبن الإبل ربوي دليل على أنه يكفي وصف الاقتيات فقط.

وأجيب: بأنه وإن تخلف منه وصف الادخار لكن خلفه ما يقوم مقامه، وهو دوام الوجود، وأجيب أيضًا: بأن الخلاف في الموز هل هو ربوي أو لا، وليس بمدخر إلا أن دوام وجوده يقوم مقام ادخاره.

ومذهب «المدونة» و«الموطأ»: جواز التفاضل في الموز.

قال في «البيان»(٣): وهو الصحيح خلافًا لابن نافع.

---

(١) «الموطأ» (٢/ ٦٣١).

(٢) «المدونة» (٣/ ١٥٧).

(٣) «البيان والتحصيل» (٧ / ٣٢٩).

فَمَا اتَّفَقَ فِيهِ وُجُودُهَا فَرِبَوِيٌّ كَالحنطَةِ، والشَّعِيرِ، والسُّلْتِ، والعَلَسِ، والأُرْزِ، والدُّخنِ، والذُّرَةِ، والقَطَانِيِّ، والتَّمرِ، والزَّبِيبِ، واللَّحمِ، والملحِ، والزَّيْتُونِ، والخَردَلِ، والقرطمِ، وبذرِ الفُجلِ لمَا يُعتَصَرُ مِنهَا، والبَصَلِ، والثُّومِ، وترَدُّدُهُ فِي التِّينِ لأَنَّهُ غَيرُ مُقتَاتٍ بالحِجَازِ، وإلا فَهُوَ أظهَرُ مِنَ الزَّبِيبِ....

ابن عبد السلام: الضمير المضاف إليه (وُجُود) عائد على الاقتيات والادخار، وكأنه وقع في نسخته: (وجودهما) على التثنية، وفيه نظر، فإن الموجود فيما أيدينا من النسخ: (وجودها) ولأن غرض المصنف أن يجعل الأقسام ثلاثة: قسم اتفق على أنه ربوي، ومقابله، والثالث مختلف فيه.

ولا يحصل الاتفاق بمجرد حصول الاقتيات والادخار؛ لأن من يشترط في الادخار أن يكون للعيش غالبًا لا يكتفي بمطلقه.

والذي يؤخذ من كلام ابن شاس أنه عائد على الثلاثة: الاقتيات والادخار والاتخاذ للعيش غالبًا، فإنه قال: وينقسم الطعام ثلاثة أقسام: قسم اتفق أهل المذهب على أنه ربوي، فهو ما اجتمع فيه الأوصاف الثلاثة فكان مقتاتًا مدخرًا متخذًا للعيش غالبًا.

خليل: ويمكن عوده على الستة، وعلى ذلك مشاه ابن راشد.

فإن قيل: المصنف مثل بأشياء لم يتفق وجودها في بعضها كالملح والزيتون وما بعده.

قيل: ينبغي أن يكون في الكلام حذف معطوف؛ **أي:** فما اتفق فيه وجودها أو كان مصلحًا للقوت.

ابن راشد: ويرد على المصنف، وابن شاس قول ابن القاسم في «المستخرجة»: إن كل زريعة تؤكل ويخرج من حبها طعام فلا تباع حتى تستوفى ولا يباع منها اثنان بواحد، وكل زريعة لا تؤكل ويستخرج من حبها ما يؤكل فتباع قبل أن تستوفى ويباع منها اثنان بواحد ويباع بعضها ببعض إلى أجل.

فعلى هذا يباع حب الفجل الأحمر بعضه ببعض إلى أجل وهو خلاف ما في «الجواهر». انتهى.

والربوي ـ بكسر الراء ـ منسوب إلى الربا. والسُّلت: قال في «المشارق»(١): حب بين

---

(١) «مشارق الأنوار» (٢ / ٣٦٦).

البر والشعير لا قشر له .

الجوهري[١]: والعلس: ضرب من الحنطة تكون حبتان في قشر، وهو طعام أهل صنعاء.

والقطاني: مفرده قطنية.

عياض: بضم القاف وكسرها وتسهيل الياء.

والفجل: بضم الفاء، الجوهري[٢]: هو معروف واحده فجلة، وكذلك قال في الثوم: معروف، وذكر الجوهري في الأرز ست لغات: أَرُزٌّ، وأُرُزٌّ تتبع الضمة الضمة. وأُرْز، وأُرُزٌ ، مثل: رُسْلٌ ورُسُلٌ، ورزٌّ ورُنْزٌ.

والخردل: بالدال المهملة.

ابن قتيبة: ويقال: قرطم وقرطم بالضم والكسر، وهو حب العصفر، والأظهر في التين أنه ربوي لما قاله المصنف أنه فيه أظهر من الزبيب، وقد ذكر صاحب «التلقين»[٣] فيه خلافًا.

وَمَا لَم يُوجَد فيه أَحَدُهَا فَغَيرُ ربَوِيٍّ، كَالخَسِّ، والهندَبَاء، والقَضب، والفَوَاكِه، التِي لا تُقتَاتُ ولا تُدَّخَرُ، وكَذَلِكَ مَا لَيسَ بِمَطعُومٍ كَالصَّبرِ، والزَّعفَرَانِ والشَّاهتَرَجِ....

الخَس ـ بالفتح ـ معلوم .

والهندباء: يمد ويقصر يقال: هندبة وهندبات بفتح الدال وهو البقل، والقضب: هو الفصفصا وهي من العلف.

وقوله: **(والفَوَاكِه) أي**: كالبطيخ والقثاء والأترج.

الجوهري: والصبر: بكسر الباء هو الدواء المر، ولا يسكن إلا في ضرورة الشعر.

ونقل ابن سحنون إجماع العلماء على أن الزعفران ليس بطعام، ويجوز بيعه قبل قبضه.

---

(١) «الصحاح» (١/ ٩٠٤).

(٢) «الصحاح» (٢/ ٣٤).

(٣) «التلقين» (٢/ ٣٦٦).

وَمَا اخـتُلِفَ فيه قَـد يَكُونُ كَذَلِكَ كَاللَّـوزِ، والفُستُقِ، والجَـوزِ، والبُندُقِ، والجَرَادِ؛ لأَنَّهُ يُدَّخَرُ ولاَ يُقتات، أَو لا يُدَّخَرُ للاقتيَات....

الإشـارة بذلك للخلاف في العلـة، فإنه قـد يوجد في الشيء أحـد الأوصاف، فـإن الجوز، واللوز، والبندق، والجراد يدخر ولا يقتات.

المازري: المعروف من المذهب أن الجراد ليس بربوي خلافًا لسحنون.

وذكر سند أن ظاهر المذهب أنه ربوي، واختاره اللخمي.

ونسب اللخمي القول بأنه ليس بربوي لأشهب.

وقوله: **(لأَنَّهُ يُدَّخَرُ ولاَ يُقتَاتُ، أَو لا يُدَّخَرُ للاقتيَاتِ)**

ابن راشـد: والضمـير في (لأنه) يحـتمل أن يعـود على الجراد لأنه أقـرب مذكـور، ويحتمل أن يعود على الجميع.

وجوز فيه ابن عبد السلام وجهين:

أحدهما: أن يرجع قوله: (لأنه يدخر ولا يقتات) لما قبل الجراد، ويرجع قوله: (أو لا يدخر للاقتيات) للجراد خاصة؛ لأنه يقتات ولا يدخر، لذلك فتكون (أو) للتفصيل.

والثاني: أن تكون (أو) للإبهام ويكون القسمان راجعين إلى مجموع ما تقدم.

والفُستَق: بضم الفـاء وفتح التاء، والبُندُق: بضم الباء والدال، وفيه لغـة أخرى بالفاء عوض الباء.

وكَاللَّبَنِ؛ لأَنَّهُ يُقتَاتُ ولاَ يُدَّخَرُ

أي: أن اللبن مما اختلف فيه؛ لأنه مما وجد فيه الاقتيات دون الادخار.

فإن قـيل: قد ذكر أولاً ما يقتضي أنه غير مختلف فيه؛ لأنه لو كان الاختلاف حاصلاً فيه لما تمت له التقـوية، وقد تقدم أنهم جعلوا دوام وجوده يقوم مـقام ادخاره، فكيف يعده من المختلف فيه؟

فجوابه أن فـيه خلافًا ولكنه ضـعيف، وسيذكره المصنـف، وهو قوله: (والمعروف أن اللبن مطلقًا ربوي) وذلك أن وجود الخلاف لا ينافي التقوية، وهذا الخلاف إنما هو في اللبن المخيض، كما سيأتي.

وأما الحليب بالحليب، والجبن بالجبن، والأقط بالأقط، والزبد بالزبد، والسمن بالسمن، فيمتنع التفاضل في ذلك بالاتفاق، صرح به اللخمي.

وكَالعِنَبِ الَّذي لا يُزَبَّبُ، والرُّطَبِ الَّذي لا يُتمرُ؛ لأَنَّهُ يُدَّخَرُ غَالِبُهُ ولا يُدَّخَرُ

هذا ظاهر مما تقدم، ولما كان غالبه يدخر لا يلتفت إلى نادره.

وكَالرُّمَّانِ، والخَوخِ، والكُمَّثرَى مِمَّا يُدَّخَرُ فِي قُطرٍ دُونَ قُطرٍ؛ لأَنَّهُ يُدَّخَرُ ولاَ يُدَّخَرُ غَالِبُهُ، أو لاَ يُقتَاتُ....

القول بأنه ربوي لابن نافع، وأجاز مالك في «الموطأ» التفاضل في الخوخ والرمان، والمشهور ـ وهو مذهب «الكتاب» ـ: جواز التفاضل في الخوخ والرمان وشبهه، بناء على اعتبار الادخار الغالب، وأنه لا يلتفت إلى الادخار النادر.

والفرق بين هذين وبين العنب الذي لا يزبب: أن العنب غالبه يدخر وهذه على العكس، ولأن ذلك في المقتات وهذه في الفواكه.

والكمثرى: بفتح الميم المشددة، والثاء المثلثة.

الجوهري(١): الواحدة كمثرات، وهي نوع من الإجاص.

وقَد يَكُونُ لِتَحقُّقِ العِلَّةِ كَالبَيضِ، قِيلَ: يُدَّخَرُ، وقِيلَ: لا، وقِيلَ: يُقتَاتُ، وقِيلَ: لا

هذا الذي يقول الفقهاء فيه: خلاف في شهادة، وخلاف في حال، والمشهور في البيض أنه ربوي.

وذكر ابن شعبان قولاً بجواز التفاضل فيه، واختاره الباجي(٢)، وقال: إنه مقتات.

وقال ابن بشير: ليس بمقتات.

ونص المتيطي على أن القولين في علة البيض روايتان.

محمد: والبيض كله صنف، بيض ما يستحيي وبيض ما لا يستحيي، وما يطير وما لا يطير.

وكالسُّكَّرِ والعَسَلِ

يعني: أنه مما اختلف فيهما لتحقق العلة هل هما إدامان أو دواءان.

---

(١) «الصحاح» (٢/ ١٢٤).
(٢) «المنتقى» (٦/ ٣٣٦).

والأقـرب في العسل أنه مـلحق بالإدام؛ لغلبـة هذا المعنى فيـه في أكـثر البـلاد دون السكر.

وقد نص في «المدونة»(١) على أن السكر ربوي.

وكَالتَّـوَابِلِ: كَالفُلفُلِ، والكُزبَرَة، والأنيسُـون، والشَّمَار، والكَمُّونين، قَـالَ ابنُ القَاسِمِ: مطعَمٌ مُصلِحٌ للقُوتِ مُدَّخَرٌ، وقَالَ أصبَغُ: دوَاءٌ، بخِلاَفِ البَصَلِ والثُّومِ

عياض: الفلفل بضم الفاءين.

الجوهري: والكزبرة ـ بضم الباء وقد تفتح ـ وأظنه معربًا.

وقـال عـيـاض: والكسبـرة ـ بضم الكاف والباء ـ ويقال بالزاي أيضًا، وكـلامه ظاهر التصور.

ونسب المصنف لأصبغ أن الفلفل وما عطف عليه دواء، قال بعض من تكلم على هذا الموضع: وليس كذلك، إنما خالـف في الأنيسون والشمار والكمـونين، «ففي الموازية» قال ابن القاسم: والشمار والأنيسون صنف، وذلك كله من الطعام.

وقال أصبغ ومـحمد: هذه الأربعة ليست من الطعام وهي من الأدوية، وإنما التي من الطعام: الفلفل، والكرويا، والكسـبرة، والقرفة، والسنبل، قـال: وإنما وهمه في ذلك ابن شاس، فإنه ذكر التوابل ولم يعرفها، ونسب الخلاف فيها إلى ابن القاسم وأصبغ. انتهى.

وذكر المازري أنه اختلف في التوابل، قال: كالفلفل، والكمون، والكرويا هل هي من الربويات أم لا؟

وقـوله: (**بخِـلافِ البَصَلِ والثُّـومِ**) أي: أنهما لم يختلف في أنهـما ربويان؛ لأنهما مصلحان للطعام، وهما جنسان مختلفان، حكاه ابن المواز عن مالك.

وكَالحُلبَـةِ وفِيهَا: طَرِيقَـانِ؛ الأُولَى: ثَالثُهَا الخَضـرَاءُ مَطعُومٌ، واليَابِسَةُ دوَاءٌ. والثَّـانيَةُ: الثَّالثُ....

أي: ومما اختلف فيه لتحقق العلة الحلبة، وفيها طريقان: **الأولى**: وفيها ثلاثة أقوال: الأول لابن القاسم في «الموازية»: أنها طعام مطلقًا.

(١) «المدونة» (٣/ ١٥٧).

الثاني لابن حبيب: أنها دواء مطلقًا.

والثالث لأصبغ في «الموازية»: أن الخضراء طعام واليابسة دواء.

ورأى بعض المتأخرين هذا التفصيل تفسيرًا، وأن المذهب على قولٍ واحد.

وعلى هذا فالخلاف في الحلبـة إنما هو هل هي طعام أو دواء؟ لا في أنها ربوية أو لا، وكلام المصنف يوهم ذلك؛ لأنه إنما تكلم في الربوي، والله أعلم.

وكَالطَّلعِ، والبَلَحِ الصَّغيرِ، وقِيلَ: والكَبيرِ، ولَم يُختَلَف فِي البُسرِ أَنَّهُ رِبَوِيٌّ

اعلم أن الخلاف الذي في الطلع والبلح الصغير إنما هو هل هو طعام أو ليس بطعام؟

هكذا ذكـر ابن شاس[1] وغيره، ومذهب «المدونة» في البـلح الصغير أنه علف، وإذا كان كذلك فالطلع أحرى.

وفي «المدونة»: لا بأس بالطلع متفاضلاً أو بصغير البلح، وكذلك الجمار.

والطلع: طعام فلا يصلح بالطعام يدًا بيد، نقله ابن يونس[2].

وكذا ذكر اللخمي الخلاف في البلح الصغيـر، فقال: اختلف فيه هل له حكم الطعام؟ فقال مالك: هو علف، وقال ابن القاسم: هو بمنزلة البقل.

قال: وأرى أن ينظر للعادة فيه، فإن كـانوا يريدونه للعلف واستعماله للأكل قليل فله حكم العروض، وإن كانوا يريدونه للأكل وغـيره نادر وكان استعماله في كلاهمـا كثيرًا فله حكم الطعام.

وأما البلح الكبير فليس الخلاف فيه هل هو طعام أو لا؟ وإنما الخلاف فيه هل هو طعام ربوي يحرم فيه التفاضل؟ ففي «المدونة»[3]: لا يجوز إلا مثلاً بمثل وهو المشهور.

وقال الشيخ أبو إسحاق: وليس هو بربوي؛ لأنه لا يدخر فأشبه الخضراوات.

اللخـــمي: وهو أحسن لأنه غير مـدخر، فكذلك البلح الكبير بالبسـر أو التمر. قال مالك: لا خير فيه.

وقال في «مختـصر ما ليس في المختصر»: تركـه أحب إليَّ، وعسى أن يجوز، قال:

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٠٦).

(٢) «الجامع» (٨ / ٣٨١).

(٣) «المدونة» (٤/ ٢٧١).

وهذا أقيس؛ لأنه قد يدخر ما ليس بمدخر.

وإذا تقرر ما ذكرناه فكان ينبغي للمصنف ألا يخلط البلح الكبير مع الصغير والطلع؛ لأن الخلاف فيهما متباين كما ذكرنا، وخلطه لهما ملزم لأحد أمرين؛ لأن ظاهر كلامه أن في البلح الكبير طريقين، وإن أراد أن الطريقين في أنه طعام أو لا؟ فليس كذلك؛ لأنه طعام اتفاقًا وإنما الخلاف هل هو ربوي أو لا؟ وإن أراد أن الطريقين فيه في أنه ربوي أو لا؟ وعليه حمله بعضهم فيبقى كلامه يفيد أن في البلح الصغير قولاً بأنه ربوي، وليس بموجود.

والمَعرُوفُ أَنَّ اللَّبَنَ مُطلقًا ربَويٌّ، وخَرَّجَ اللَّخـميُّ منَ «المُدَوَّنَة» من قَوله: ويَجُوزُ سَمنٌ بلَبَن قَد أُخرِجَ زُبدُهُ، فَقَالَ: لَو كَانَ رِبَويا لَكَانَ مِنَ الرُّطَبِ باليَابسِ، وردَّهُ ابنُ بَشيرٍ بأَنَّ السَّمنَ نَقَلَتهُ الصَّنعَةُ والنَّارُ

مقابل المشهور للخمي، فإنه رأى جواز التفاضل بين المخيض والمضروب.

فإن قلت: لِمَ لَم يجعل مقابل المعروف تخريجًا؟

قيل: لأنه لو أراد ذلك لقال على المنصوص، كما هو الأغلب في كلامه.

فإن قلت: اللخمي إنما رأى ذلك اعتماداً على ما فهمه من «المدونة».

قيل: لا بل ذكر أولاً التخريج ثم ذكر بعد ذلك رأيه فيه، وسيظهر لك ذلك من لفظه.

ومراد المصنف بالإطلاق، سواء كان لبن الإبل أو غيرها مضروبًا أو غيره.

ابن بشير: لم يختلف أهل المذهب في كون اللبن ربويا على اختلاف أصنافه، وهو وإن كان لا يدخر على حالته فإنه يستخرج منه ما يدخر كالسمن والجبن.

وقال اللخمي: لم يختلف في بيع المخيض بالمخيض، [والمضروب][1] بالمضروب متفاضلاً؛ لأنهما لا يدخران، فمن منع التفاضل فيهما منع أن يباع شيء منهما بحليب أو زبد أو سمن، لأنه كالرطب باليابس، ومن أجاز التفاضل أجاز بيع أحدهما بأي ذلك أحب، كان من الحليب أو غيره.

قال: وقال مالك في «المدونة»[2]: لا بأس بالسمن باللبن الذي قد أخرج زبده. وهذا

---

(١) في ط: المضرب.

(٢) «المدونة» (٣/ ٨).

لا يصح إلا على القول أن التفاضل بينهما جائز لا أنه كرطب باليابس.

وأرى أن يجوز التفاضل بين المخيض والمضروب؛ لأنه مما لا يدخر، ومن منع ذلك حمله على الأصل. انتهى.

ورد ما أشار إليه اللخمي من التخريج أنه إذا ثبت له أنه ربوي قبل إخراج زبده لكونه مقتاتًا وكون دوام وجوده كادخاره، فلا يزيل الربوية عنه إلا زوال ذلك الوصف، نعم لو ثبت له حكم الربوية؛ لأنه مشتمل على الزبد أمكن زوال الحكم بزوال الزبد.

قوله: **(وردَّهُ ابنُ بَشيرٍ)** يعني: رد ابن بشير ما خرجه اللخمي من هذه المسألة أن السمن صار بالصنعة والنار كجنس آخر، وسيأتي ذلك.

وتبع المصنف في نسبة هذا لابن بشير ابن شاس، وليس هو في تنبيهه ولعله في غيره.

ووَهِما فَإِنَّ بعدَهُ فأمَّا بلبنٍ فيهِ زُبدٌ فَلا

أي: وهم اللخمي في تخريجه، وابن بشير في رده؛ لأن بعد اللفظ الذي خرج منه اللخمي: **(فأمَّا بلبنٍ فيه زبدٌ فَلا)** فأما وهم ابن بشير فظاهر؛ لأن السمن لو نقلته الصنعة لجاز باللبن الذي فيه الزبد.

وأما وهم اللخمي منه ففيه بعد، ولهذا وقع في بعض النسخ (ووهم) بالإفراد. ووجهه على (بعده) أن ترتيب المنع على وجود الزبد فيه؛ لقوله: (فيه زبد) دليل على أن المنع لأجل الزبد لما يؤدي إليه من المزابنة، وحينئذ يكون من باب الرطب باليابس، إذ لا يعلم مقدار الأجزاء التي فيه من الزبد لو تجمعت هل هي مساوية لأجزاء السمن المجموعة أم لا؟ وليس كذلك إذا لم يكن فيه زبد؛ لأنه ليس فيه ما يتقى منه المزابنة المقتضية للمنع مطلقًا، إلا أنه لا يجوز به متفاضلاً كما توهم اللخمي.

والمَعرُوفُ أنَّ المَاءَ لَيسَ بربَويٍّ

يجوز فيه التفاضل والنسيئة.

وخَرَّجهُ عَبدُ الوَهَّابِ علَى غير المَشهُورِ فِي مَنعِ بَيعِ المَاءِ بالطَّعَامِ إِلَى أجَلٍ

يعني: أن المشهور جواز بيع الماء بالطعام إلى أجل، ومنعه ابن نافع.

وخرج عبد الوهاب[1] قولاً بمنع التفاضل فيه من قول ابن نافع؛ لأنه لما دخل فيه ربا

---

(١) «المعونة» (٢/ ٩٦٣).

النساء دخل فيه التفاضل.

ووَهِمَ بأنَّ هذا حُكمُ الطَّعَامِ غيرِ الرِّبَوِيِّ أيضًا

هذا التوهيم للمازري، ووجهه: أن ربا النساء أعم من ربا التفاضل فلا يلزم من وجود ربا النساء الذي هو الأعم وجود ربا الفضل الذي هو الأخص، ألا ترى أن الخس ونحوه يمتنع بعضه ببعض إلى أجل.

واختِلافُ الجِنسيَّةِ يُبيحُ التَّفَاضُلَ، والمُعَوَّلُ فِي اتِّحَادِهَا علَى استوَاءِ المَنَافعِ وتَقَارُبِهَا...

لقوله ﷺ: «**فإذا اختلفت الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد**». ثم ذكر ضابط الجنس الواحد والجنسين، فإن كان الطعامان يستويان في المنفعة كأصناف الحنطة أو يتقاربان كالقمح والشعير كانا جنسًا، وإن تباينا كالتمر مع القمح كانا جنسين.

فَمِنهُ مَا اتُّفِقَ علَى جِنسِيَّتِهِ، كَأَنوَاعِ الحِنطَةِ وأَنوَاعِ التَّمرِ وأَصنَافِ الزَّبِيبِ

هذا ظاهر.

وكَلُحُومِ دوَابِّ الأَربَعِ مُطلَقًا

أي: إنسية كانت أو وحشية، صغيرًا أو كبيرًا.

وكَلُحُومِ الطَّيرِ

أي: أنها صنف واحدٌ إنسيتها ووحشيتها؛ لتقارب منافعها.

وكَدوَابِّ المَاء

أي: كذلك صنف واحد.

وكَالجَرَادِ

أي: جنس مفرد على القول بأنه ربوي وقد تقدم، وقيل: إنه من جملة الطير.

وكَالأَلبَانِ مُطلَقًا، وإِن لَم تَتَسَاو فِي وُجُودِ الزُّبدِ والجُبنِ

أي: فإنها جنس، والجبن: بسكون الباء وهي الفصحى، ذكرها صاحب «الفصيح»، ويقال: جبُنٌ، بضم الباء والنون مع تخفيفها وتشديدها.

ومِنهُ مَا اتُّفِقَ عَلَى اختِلافِهَا كَبَعضِ مَا ذُكِرَ مَعَ بَعضٍ

أي: كبعض ما ذكر أنه متحد مع غير جنسه ونوعه، كالتمر مع الزبيب.

وَمِنهُ مَا اختُلِفَ فِيهِ، كَالقَمحِ والشَّعِيرِ المَنصُوصُ الجِنسِيَّةُ لِتَقَارُبِ مَنفَعَتِهِمَا فِي القُوتِيَّةِ. . .

مقابل المنصوص اختيار السيوري وتلميذه عبد الحميد أنهما جنسان، وهو مذهب الشافعي؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم**»[(١)] ووجه المصنف المشهور بقوله: لتقارب منفعتهما في القوتية، ودليله: ما في مسلم عن معمر ابن عبد الله: أنه أرسل غلامه بصاع من قمح، فقال: بعه، ثم اشتر به شعيرًا، فذهب الغلام وأخذ صاعًا وزيادة بعض صاع، فلما جاء معمرًا فأخبره بذلك، فقال له معمر: لم فعلت ذلك؟ انطلق فرده ولا تأخذ إلا مثلاً بمثل، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**الطعام مثلاً بمثل**» وكان طعامنا يومئذ الشعير، قيل: فإنه ليس مثله، قال: فأنا أخاف أن يضارع[(٢)].

مالك في «الموطأ»[(٣)] بعد أن ذكر ذلك عن سعد بن أبي وقاص، وعبد الرحمن بن الأسود، ومعيقيب الدوسي ـ رضي الله عنهم ـ: مثله: أنه الأمر عندنا.

وَمِثلُهُ السُّلتُ، وَقِيلَ: والعَلَسُ.

أي: السلت ملحق بالقمح والشعير، ولعله إنما فصله عنهما لعدم تحقق قول السيوري فيه، والمشهور أن العلس لا يلحق بالثلاثة، وهو قول المصريين، وضمه المدنيون إليها.

بِخِلاَفِ الأُرزِ، والذُّرَةِ، والدُّخنِ عَلَى المَشهُورِ

أي: أن المشهور أن الأرز وما ذكر معه لا يضم إلى القمح، والشاذ لابن وهب، وهو بعيد.

ثُمَّ فِي جِنسِيَّتِهَا قَولاَنِ

أي: إذا فرعنا على المشهور من أنها مباينة لما تقدم، فهل هذه الثلاثة جنس واحد أو أجناس؟

---

(١) أخرجه مسلم (١٥٨٧) من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه.

(٢) أخرجه مسلم (١٥٩٢).

(٣) «الموطأ» (٢/ ٦٤٦).

المازري، والمتيطي: والمشهور أنها أجناس.

ونقل عن ابن وهب أنها جنس.

واختُلفَ في القَطَانيِّ، فَقيلَ: جنسٌ، وقِيلَ: أجنَاسٌ، وقيلَ: الحِمَّصُ واللُّوبيَا جِنسٌ، والبَسِيلةُ والجُلبَانُ جِنسٌ....

الحمص: قال ثعلب: الاختيار فيه فتح الميم.

وقال المبرد: هو بكسر الميم.

وذكر المصنف ثلاثة أقوال:

القول بأنها كلها جنس واحد، رواه ابن وهب.

والقول بأنها أجناس، رواه ابن القاسم وهو المشهور.

والقول الثالث في «الجلاب»(١)، ونسب لابن القاسم وأشهب.

وروي أشهب عن مالك: أن الحمص والعدس صنف واحد وسائر القطاني أصناف.

والكرِسَنَّةُ: قِيلَ: مِنَ القَطَانِيِّ، وقِيلَ: لا.

القول بأنها منها لمالك في «العتبية»، والآخر لابن حبيب.

واختُلِفَ فِي الأَمرَاقِ باللُّحُومِ المَطبُوخَةِ المُختَلِفَةِ، والمَشهُورُ أَنَّهَا جِنسٌ

لاشك أن المطبوخة صفة للحوم، والمختلفة الأحسن جعلها صفة للأمراق، ويكون بمعنى أنه اختلف في اللحوم إذا طبخت بأمراق مختلفة، والباء بمعنى مع، فالمشهور أن ذلك؛ جنس.

قال في «المدونة»(٢): والمطبوخ كله صنف وإن اختلفت صفة طبخه كقليه بعسل وأخرى بخل أو لبن؛ يعني: وكذلك إذا اختلفت اللحوم.

ومقابل المشهور للخمي قال: القياس جواز التفاضل لتباين الأغراض.

ويجوز أن تكون المختلفة صفة للحوم ويصير المعنى: أنه اختلف إذا طبخ اللحمان من

---

(١) «التفريع» (٢/ ١٢٦).

(٢) «المدونة» (٣/ ١٥٥).

جنسين مختلفين كلحم الوحش ولحم الطير هل يصير بالطبخ جنسًا واحدًا أو لا؟

وقلنا: الوجه الأول أحسن؛ لأن المسألة منقولة عنه في الدواوين عليه.

وتكلم في «الجواهر»[1] على الصورتين، فقال: المذهب أن الأمراق واللحوم المطبوخة صنف، ولا يلتفت إلى اختلاف اللحوم ولا اختلاف ما يطبخ به.

وتعقب هذا بعض المتأخرين ورأى أن الزبرباج يخالف الطباهجة، وكذلك ما يعمل من لحم الطير مخالف لما يعمل من لحم الغنم.

واختار ابن يونس أن اللحمين المختلفي الجنس إذا طبخا لا يصيران جنسًا واحدًا، والباء في الأمراق للمصاحبة كما تقدم.

باللحوم ، أي: تعاوضا لحمين مع كل واحد منهما مرق، ولا ينبغي أن تكون سببية لإيهامه أن التعارض في المرقتين وليس هو مراده، وكذلك لا يجوز أن تكون للعوض؛ لأنه يلزم أن يكون المعنى أنه اختلف في التعاوض بين اللحم وحده مع المرق وحده وليس هو مراده.

واعلم أن ظاهر المذهب جواز بيع المطبوخ وزنًا، وهو الذي يؤخذ من «المدونة».

سند: وعلى قول ابن حبيب يمنع القديد بالقديد، والمشوي بالمشوي، لا يجوز المطبوخ بالمطبوخ لاختلاف تأثير النار.

وعلى الجواز، فهل تراعى المثلية في الحال أو حال كون اللحم ينافيه، قولان، وإن راعينا المثلية في الحال، سند: وهو الظاهر.

فمذهب ابن أبي زيد القيرواني: أن الأمراق داخلة في حكم اللحم وأنها معها جنس واحد، فإنه قال: يتحرى اللحمان وما يتبعهما من المرق؛ لأن المرق من اللحم، قال: وكذلك الهريسة بالهريسة.

وقال غيره: إنما يتحرى اللحم خاصة حيث كان نيئًا ولا يلتفت إليه بعد ذلك ولا إلى ما معه من المرق.

وصححه عبد الحق وأيده بتحري الخبز بالخبز، والعجين بالعجين أنه يتحرى ما دخلها من الدقيق ولا يراعى تماثل الأعيان الآن .

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٤١٤).

وأما مـا يطبخ تبعًـا مع اللحم فضـربان: ضرب له بعـد الطبخ عين قائمة، كـاللفت والباذنجـان، فابن أبي زيد يجعله تبـعًا لحكم اللحم ـ وقد تقـدم قوله في الهريسة ـ وغـيره يقول: لا يباع مع اللحم ولا يتبعه؛ لأنه لحم وبقل بلحم وبقل.

ويجوز بيع بعضه ببعض متماثلاً ومتفاضلاً إن كان من البقول غير المدخرة، وإن ادخر كالبصـل والثوم فلا يباع منهـا متفاضلاً، وضـرب ليس له عين قائمة، فمن أصـحابنا من يعطيه حكم اللحم، ومنهم من يعطيه حكم الماء؛ لأنه في أصله جنس غير اللحم فلا يتغير بطبخه معه.

واختُلفَ فِي التَّـوَابِلِ أَنَّهَا ربَويَّةٌ، والمَشهُـورُ: أَنَّهَا أَجناسٌ، وقَالَ ابنُ القَاسِمِ: الأَنيسُونُ والشَّمَارُ جِنَسٌ، والكَمُونَانِ جِنسٌ وأَنكَرَهُ البَاجِيُّ.

التـــوابل: جمع تابل بفـتح الباء، وتبع المصنف في تعيين المشهـور ابن شاس، وهو مـقتـضى النقل، ففي ابن يونس: أن ابن الـقاسم قـال في «الموازية»: الفلفل، والقرفـاء، والسنبل، والكسبرة، والقرنباد وهو الكرويا، و[الشونيز] (١) وهو الكمون الأسود، والملح هذا كله طعام لا يبـاع إذا اشترى عـلى الكيل والوزن حتى يستـوفى، ولا يصلح منه اثنان بواحد إلا أن تختلف الأنواع.

ابن المـواز: قال ابن القاسم: ومثله الشمار، والأنيسون، والكمونان كلها صنف واحد وهو طعام.

وقال أصبغ، ومحمد في هذه الأربعة أصناف: أنها ليست بطعام وهي من الأدوية.

قال أشهب، قال مالك: كل واحد من ذلك صنف. انتهى.

فما رواه أشهب عن مالك مؤيد لما شهره المصنف أنها أجناس.

ومقابل المشهور في كلامه يحتمل أن يريد به قول ابن القاسم، ويحتمل أن يريد به أنها كلها جنس.

وأنكره الباجي ـ أي : قول ابن القـاسم ـ وفي بعض النسخ: (وكرهه) وهي بمعناها، وليس المراد الكراهة التي تقـابل الإباحة، ولفظه في «المنـتقى» (٢) بعـد أن حكى قـول ابن

(١) في ط : والشونين .

(٢) «المنتقى» (٦/ ٣٢٣).

القاسم: والأظهر عندي أن تكون أجناسًا لاختلاف منافعها وتباين الأغراض فيها، وأنها لا تتمازج في منبت ولا محصد، ولا يجزئ بعضها عن بعض في شيء، وإنما يجمعها اسم الكمون، وليس بظاهر في الكمون الأسود؛ لأن اسم [الشونيز](١) فيه أظهر لفظًا وأكثر استعمالاً.

قوله: (على أنها ربوية) أي: على قول ابن القاسم المتقدم.

واختُلِفَ فِي الأَخْبَازِ المُختَلِفَةِ الحُبُوبِ، وفِي الخُلُولِ

أما الأخباز، ففيها ثلاثة أقوال:

الأول: أنها كلها صنف.

ابن رشد: وهو المشهور.

الثاني: أنها تابعة لأصولها، وهو قول البرقي.

والثالث: أن خبز القطاني صنف وخبز غيرها صنف، ونسب لابن القاسم وأشهب.

والمعروف من المذهب أن الخلول صنف لاتحاد المنفعة، والمشهور: أن الأنبذة أيضًا جنس، خلافًا لأبي الفرج.

واختُلِفَ فِي الخُبزِ والكَعكِ بالأَبزَارِ، والمَذهَبُ أَنَّهُمَا جِنسَانِ

الأبزار راجعة إلى الكعك، وذكرُهُ الخلاف أولاً مع ذكر المذهب ثانيًا فيه إشارة إلى أن القول بأنهما جنس، إما اختيار أو تخريج، وهو كذلك.

قال ابن شاس(٢): قال بعض المتأخرين: وانظر هذا؛ أي: كونهما جنسين مع قولهم، إن الألوان كلها صنف.

ومقتضى هذا: أن يجعل الكعك والخبز صنفًا واحدًا.

ومفهوم كلامه: أنه لو كان الكعك بغير أبزار لكان مع الخبز جنسًا واحدًا.

وألحق اللخمي بالأبزار ما إذا كان يدهن، قال: لأن الزيت ينقل الطعم كما ينقل الأبزار.

خليل: والظاهر أن الكماج حكمه حكم الخبز؛ لأنه كالكعك الذي لا أبزار فيه.

---

(١) في ط: الشونين، والمثبت هو الصواب.

(٢) «الجواهر» (٢/ ٤١٥).

والصَّنعَةُ مَتَى كَـثُرَت أَو طَالَ الزَّمَان نُقِلَت عَلَى الأَصَحِّ، لأَنَّ المَصنُوعَ يَصِيرُ مُـعَدا لِغَيرِ الأَصلِ كَالتَّمرِ وخَلِّه، والزَّبِيبِ وخَلِّه...

لما ذكر أن الجنس الواحد من الربوي لا يجوز فيه التفاضل، أتبعه بأن الصنعة إذا كثرت أو طال الزمان تـنقل على الأصح؛ لأن المصنوع يصيـر معـدا لغير الأصل، ومـثل المصنف ذلك بالتمر وخله .

وقد حكى الباجي [١] واللخمي هذا الخلاف، وعزا الباجـي الشاذ للمغيرة، وزاد عن ابن الماجشون ثالثًا بالجواز في اليسير دون الكثير للمزابنة.

واستبعـد ابن عبد السلام وجود الخلاف، قـال: ولا يلزم من وجود الخلاف في هذين المثالين وجوده في القاعدة لاحتمال أن يكون مبنيا على خلاف في شهادة.

وقد يقال: هذا لا يلزم، لأنه تابع لابن شاس، وابن بشير في حكاية الخلاف.

وعبر بالأصـح عن المشهور، لكن لم يذكر الخـلاف إلا في الطول، وعلى هذا فيكون الأصح راجعًا إلى الطول فقط، ويمكن أن يرجع لهما لما حكاه ابن زرقون عن ابن نافع: أنه لا يجوز القمح أو الدقيق بالخبز.

وعن ابن عـبـد الحكم: أنه لا يجوز اللحم النيئ بالمطبـوخ بحال، وإن طبخ بأبزار أو خل.

وَمَتَى قَلَّت بِغَيرِ نَارٍ لَم تُنقل عَلَى الأَصَحِّ، كَالتَّمرِ ونَبِيذِه، والزَّبِيبِ ونَبِيذِه

قال في «المدونة» [٢]: سألت مالكًا عن النبيذ بالتمر، قال: لا يصلح، والعصير مثله، وغيره: الأصح ليس نصا بل أشـار الباجي إلى أخذه من رواية أبي زيد عن ابن القاسم في الفقاع بالقمح أنه لا يجوز لتغيير الطعم.

وأجاب سند: بأن الفقاع قد انتقل بما فيه من كثرة الصنعة والتوابل.

والمَشهُورُ أَنَّ نَبِيذَ التَّمرِ والزيتِ صِنفَانِ، والزُّيُوتُ أَصنَافٌ

هذه الجملة وقعت في بعـض النسخ ونحوه لابن شاس[٣]، وهو وهم، بل مـذهب

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٣٢٤).

(٢) «المدونة» (٣/ ١٥١).

(٣) «الجواهر» (٢/ ٤١٤).

«المدونة» وهو المشهور على ما قاله المازري: أنهما صنف واحد.

ونقل الباجي(١)، واللخمي، والمازري ما شهره المصنف عن أبي الفرج.

وما ذكره من أن الزيوت أصناف هو كذلك في «المدونة»(٢)، وعلله باختلاف منافعها، أي: لأن منافعها مختلفة وليست كالخلول واللحم.

اللخمي: والعسول أصناف، قال: ويجوز التفاضل في زيت الكتان؛ لأنه لا يرد للأكل غالبًا، ويجوز بيعه بزيت الزيتون نقدًا أو إلى أجل، ويجوز التفاضل في زيت اللوز؛ لأنه لا يراد للأكل غالبًا، وإنما يراد للعلاج ويدخل في الأدوية، وكذلك الجوز.

والمَذهَبُ أَنَّ الطَّحنَ والعَجنَ لا يُنقَلُ

قال سند: ذهب عامة الفقهاء إلى أن القمح بدقيقه جنس واحد، إلا أبا ثور فإنه جعلهما جنسين وجوز فيهما التفاضل، ووافقه المغيرة من أصحابنا واحتج باختلافهما في الاسم، وأنه لو حلف ألا يأكل دقيقًا لم يحنث بأكل القمح، وكذلك العكس.

فلعل المصنف عبر بالمذهب عن المعروف، كما في قوله: والمذهب أنهما جنسان.

وإِن كَانَت بنَارٍ لِمُجَرَّدِ تَجفيف لَم تُنقَل، وإِن كَانَت بزيَادَةِ أَبَازِير كَشَيِّ اللَّحمِ بِهَا، أَو تَجفِيفِه بشَمسٍ بِهَا، أَو طَبخِه بمَاءٍ أَو غَيرِه، أَو خَبزِ الخُبزِ فَنَاقِلٌ...

قوله: وإن كانت ـ أي: الصنعة ـ بمجرد تجفيف ـ أي: كشي اللحم ـ بلا أبازير ، فإن ذلك لا ينقل ليسارة الصنعة، وفيه إشكال؛ لأن المقصود منه حينئذ غير المقصود من غير المشوي، وإن كانت الصنعة بزيادة أبازير كشي اللحم بها ـ أي: بالأبزار ـ أو تجفيفه بشمس بها، أو طبخه بماء ـ أي: مع الأبازير ـ وغيره كالخل مثلاً مع الأبازير، وخبز الخبز؛ يعني: بتابل.

وقوله: (**فَنَاقِلٌ**) راجع إلى جميع ما تقدم من قوله: (**وإِن كَانَت بزِيَادَةِ أَبَازِير**) والضمير في (**بِهَا**) في المواضع الثلاثة عائد على الأبازير.

اللخمي، والمازري: وإن طبخ بالماء صرفًا والملح لم ينتقل، واستشكل شيخنا ـ رحمه الله ـ جواز الخبز بالعجين لأنه مزابنة، قال: ولو جعلوا السلق ناقلاً ولم يجعلوا الخبز ناقلاً

(١) «المنتقى» (٦/ ٣٢٥).

(٢) «المدونة» (٣/ ١٥١).

للمزابنة لكان أقرب.

وفِي قَلْيِ القَمحِ وشِبهِهِ قَولانِ

المشـهور: النقل، لأنه يزيل المقصود من النقل غالبًا، وإذا كان مجرد القلي ناقلاً فمن باب أولى السويق بالقمح.

اللخمي: ويجوز الدقيق بالمقلو بالاتفاق.

وفِي السَّلقِ، ثَالِثُهَا: فِي التَّرمُسِ نَاقِلٌ، وفِي الفُولِ غَيرُ نَاقِلٍ

الثلاثة للأشياخ، والأقرب النقل، والله أعلم.

ورأى في الثـالث أن السلق في التـرمس ناقل؛ لأنه لا يمكن إلا بعـد صنعـة طويلة، بخلاف غيره مما لا يؤكل إلا مسلوقًا.

ونص ابن القـاسم في «العتـبيـة»(١) على أنه لا يجـوز بيع البـيض المـسلوق بالنيء متفاضلاً.

وتُعتَبَرُ المُمَـاثَلَةُ حَالَ الكمَالِ، فَلا يُبَاعُ رُطَبٌ بتَمرٍ ونَحـوِهِمَا باتِّفَاقٍ؛ لِتَوَقُّعِ الرِّبَا، ولأَنَّه مُزَابَنَةٌ...

لما قدم أن المماثلة تطلب ذكر الوقت الذي تعـتبر فيه، وذكر أنها تعتـبر في حال كماله لأنه المقصـود، ولهذا لم يجـز بيع الرطب بالتمر؛ لأن الرطب إلـى الآن لم يكمل، وقد صح عنه عليه الصلاة والسلام: أنه سئل عن بيع الرطب بالتمر، فقال: «**أينقـص الرطب إذا جف؟**»، فقالوا: نعم، فقال: «**فلا إذًا**» (٢). صححه الترمذي.

واعترض عليه في لفظه التوقع؛ لأنها إنما تستعمل في المتوهم، والربا هنا متحقق.

وأجيب: بأن التوقع بمعنى الوقوع، أو عبر بذلك اعتبارًا بالغالب في الأمور المستقبلة، ولأن بعض الرطب لا يتمر فلا يتحقق فيه النقص.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٧ / ٣٨٠).

(٢) أخـرجـه الترمـذي (١٢٢٥)، والنسـائي (٤٥٤٥) وفي «الكـبرى» (٦٠٣٤)، وابن مـاجـه (٢٢٦٤)، وأحـمـد (١٥١٥)، وابـن حـبـان (٤٩٩٧)، والحـاكم (٢٢٦٥)، والـدارقطني (٣/ ٤٩)، والطيالسي (٢١٤) والبيهقي في «الكبرى» (١٠٣٣٦)، وصـححه الألباني ـ رحمه الله.

وظَنَّ اللَّخميُّ أَنَّهُ كَاللَّحمِ الطَّرِيِّ باليَابِسِ

يـعــنـي: أن اللحمي خـرج قولاً بجواز بيع الرطب بـالتمر من أحـد القولين اللذين يذكرهما بعد في جواز بيع اللحم الطري بغير الطري.

ابن البـشيـر: ليس كمـا ظن؛ لأن الرطب حالة كماله اليـبس وله يراد، واللحم حالة كماله الرطوبة فلا يطلب فيه شيء بعد ذلك كما يطلب في الرطب.

وإلى هذا الرد أشار بقوله: **(وظن)** إذا هو مشعر به، وكأنه اكتفى بما قدمه أولاً من أن المعتبر في المماثلة حال الكمال؛ ولأن قياس اللخمي فاسد الوضع لمقابلة النص.

والمَشهُورُ: جوَازُ الرُّطَبِ بالرُّطَبِ

الشاذ لابن الماجشـون، ومنشأ الخلاف: هل يعتـبر الحال فيجـوز، أو المآل فلا يجوز؟ لاحتمال أن ينقص أحدهما أكثر من الآخر.

الباجي[1]: وانظر إن كان نصف التمر بسراً ونصفها قد أرطب، فهل يجوز بيع بعضه ببعض أو قديمين.

فرع: ويجوز بيع التمر بالتمر إذا كانا جديدين أو قديمين.

اللخــمي: واختلف في الجديد بالقديم، فأجـازه مالك في «الموازية» ومنعه عبد الملك وهو أحسن.

وفِي الحَلِيبِ بالحَلِيبِ قَولانِ

مذهب «المدونة»: الجواز.

ابن شـاس[2]: وهو المشهور، والمـنع رواية أبي الفرج، ولعله ـ والله أعلم ـ لم يعين المشهور في هذه لقـوة الشاذ هنا؛ لأن الحليب بالحليب قد يطلب منهمـا الزبد فتظهر المزابنة فيهما، وليس كذلك الرطب، والله أعلم.

ويَجُوزُ الزَّيتُونُ بِمثلِهِ اتِّفاقًا كـاللَّحمِ باللَّحمِ، واختُلِفَ فِي رَطبِهِمَا بِيَابِسِهِمَا بتَحَرِّي النَّقص

---

(١) «المنتقى» (٦/ ١٩٦).

(٢) «الجواهر» (٢/ ٤٠٦).

نقل ابن شاس[١] الاتفاق في الزيتون، وابن بشير الاتفاق في اللحم.

ووجهه اللخمي: بأنه يجوز بيع القمح بالقمح وإن كان الريع يختلف، فكذلك الالتفات إلى الزيت.

ابن عبد السلام: ولولا الاتفاق لكان الأنسب في الزيتون المنع؛ لأن المطلوب الزيت وهو غير معلوم التساوي بخلاف اللحم باللحم.

وقيد اللخمي الجواز في اللحم بأن يكونا ذبحا في وقت واحد أو متقارب.

ويريد: كل واحد من العوضين رطب، أو كل واحد منهما يابس بدليل ما سيقوله بعد.

وقوله: **(كَاللَّحم بِاللَّحم)** تنظير في كل وجه، والقولان في جواز بيع رطبهما بيابسهما لمالك في «المدونة»[٢].

والذي رجع إليه وأخذ به ابن القاسم المنع، إذ لا يحاط بالتحري.

ووجه الجواز: أن الرطوبة في الزيتون واللحم هي حالة الكمال، وهذا مقيد بأن لا يكون في القديد أبازير، وأما إن كان فيه أبازير فهو جنس آخر.

والمَشهُورُ: مَنعُ القَمحِ المَبلُولِ بِمِثلِه، وَجَوَازُ المَشوِيِّ بِالمَشوِيِّ، والقَدِيدِ بِالقَدِيدِ

مقابل المشهور في المبلول في «الجلاب»[٣] الجواز، بشرط كون البلل واحداً.

وتبع المصنف في حكايته القولين اللخميَّ، وقيد اللخمي الشاذ بما إذا كان البلل واحداً كما ذكرنا.

وزعم سند أن ما في «الجلاب» هو قول ابن القاسم الذي علل عنه المصنف بالمشهور، قال: لأن ابن القاسم علل باختلاف البلل، فإذا تحقق الاتحاد جاز، والشاذ في القديد بالقديد، والمشوي بالمشوي لابن حبيب.

والفرق للمشهور: أن البلل في القمح يكثر فيه الاختلاف عادة، ولأن أسفله لا يساوي أعلاه، بخلاف الشي فإنه لا يختلف في الغالب، وفيه نظر.

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٠٧).

(٢) «المدونة» (٣/ ١٥٤).

(٣) «التفريع» (٢/ ١٢٨).

وأجاز في «المدونة»[١] بدل العفن بالعفن إذا اشتبها في العفن.

ابن رشد[٢]: وأجاز سحنون بدل العفن بغيره.

ابن عبد السلام: يعني ـ والله أعلم ـ بالسالم، وعلى ذلك ساق المسألة التي ذكر فيها هذا القول، قال: ومنع بدل المأكول بغيره، يعني: بالمأكول المسوس.

قال: ومنع أشهب بدلهما بغيرهما.

وذكر عن مالك، وابن القاسم، وابن وهب إجازة ذلك في المأكول.

فَإِن لَم يَكُن فَبِالعَادَةِ العَامَّةِ، فَإِن اختَلَفَت فَبِعَادَةِ مَحَلِّهِ

فإن لم يكن للشرع فيه معيار، فالمعتبر العادة العامة.

الباجي[٣]: كاللحم الذي يعتبر بالوزن في كل بلد.

وقوله: **(فَإِن اختَلَفَت)** أي: العوائد، كالجوز، والرمان، وكالسمن، واللبن فبعادة محله.

فَإِن عَسُرَ الوَزنُ، فَتَالِثُهَا: يَتَحَرَّى فِي اليَسِيرِ

خص العسر بالوزن؛ لأن الكيل لا يعسر.

الباجي[٤]: ولو تغير المكيال المعهود.

وذكر ابن شاس[٥] عن بعض المتأخرين جواز التحري مطلقًا من غير تقييد بوزن ولا يسارة.

وقال ابن عبد السلام: تقييد المصنف لهذه المسألة بعسر الوزن هو مذهب الأكثر، وظاهر «المدونة» عدم هذا الشرط ، وأنه جار في القليل والكثير. انتهى.

---

(١) «المدونة» (٤/ ٢٩٥).

(٢) «البيان والتحصيل» (٧ / ٤٣٦).

(٣) «المنتقى» (٦/ ٣٢٧).

(٤) «المنتقى» (٦/ ٣٢٧).

(٥) «الجواهر» (٢/ ٤٠٢).

وكذلك ذكر ابن رشد أن ظاهر «المدونة»[١] جواز التحري وإن لم تدع إليه ضرورة.

وذكر ذلك قولاً صريحًا لبعضهم، خلاف مفهوم قول المصنف عنه، فإنه يفهم منه عدم الجواز إذا لم يعسر.

وفي «البيان»[٢]: الاتفاق على أن ما يباع كيلاً لا وزنًا مما يحرم فيه التفاضل أصلاً أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض على التحري، ولا قسمه على التحري.

وحكى المصنف ثلاثة أقوال:

الجواز مطلقًا، وقيده ابن رشد بأن لا يكثر جدا حتى لا يستطاع على تحريه.

الثـــاني: المنع مطلقًا، رواه ابن القــصار وهو أقرب؛ لأن التساوي مـطلوب وهو غير محقق.

والقول الثالث لابن حبيب، وعزي لمالك.

زاد ابن رشد رابعًا: لا يجوز عند عدم الميزان إلا في الطعام الذي يخشى فساده.

أما من وجب عليه طعام لا يجوز التفاضــل فيه، فلا يجوز أن يأخذ عنه تحريًا إلا عند عدم الميزان، قاله سحنون.

فرع:

واختلف فيما يجوز فيه التفاضل، هل تجوز قسمته وبيع بعضه ببعض تحريا؟ على ثلاثة أقوال:

أحـــدها: الجواز فيمـا يباع وزنًا أو جزافًا، والمنع فيما يبــاع كيلاً ، وهو مذهب ابن القاسم، حكاه عنه ابن عبدوس.

والثــاني: أن ذلك جائز فيــما يبتاع كيلاً أو وزنًا أو عــددًا، وهو مذهب أشهب وابن حبيب، ونسب أيضًا لابن القاسم.

والثـالث: أنه لا يجوز مطلقًا، وهو في آخر كتاب السلم الثالث من «المدونة»: أنه لا يجوز أن يقسم البقل حتى يجز.

---

(١) «المدونة» (٧ / ١٠١).

(٢) «المدونة» (٧ / ١٠١).

وفِي القَمحِ بالدَّقِيقِ طَرِيقَانِ؛ الأُولَى ثَالِثُهَا: بالوَزنِ لا بالكَيلِ ، والثَّانِيَةُ: الثَّالِثُ

يعني: أن الطريق الأولى في المذهب ثلاثة أقـوال: يجوز بيع أحدهما بالآخـر مطلقًا، ابن عبد السلام: وهو المشهور.

والثاني: المنع لمالك أيضًا؛ لاختلاف الريع.

والثــالث: يجوز موازنة ولا يجـوز كيلاً، حكاه اللخمي عن ابن القـصار، وعكسه غيره.

ثم اختلف في القـول الثالث، هل هو خلاف للقولين الأولين وهو قـول أهل الطريقة الأولى، أو تفسير لهما وهو قول أهل الطريقة الثانية.

وحكى ابن الماجـشون عن مـالك قولاً آخـر، وهو أنه يجـوز في اليسـير على وجـه المعروف بين الرفقاء، فإذا كثر وخرج إلى حد المكايسة فلا يجوز.

ابن عبـد السلام: والطريقة الثانية باطلة؛ لأن ابن القصار الذي هو أصل هذه الطريقة فـسر قـولي مالك بما نص مـالك على خـلافه ، وذلك أن لمالك في كـتاب الصـرف من «المدونـة»(١) أنه لا يباع القمح بالقمح وزنًا، فإذا لم يجز بيـعه بمثله وزنًا خشية الوقوع في التفاضل لو كيل بمكياله الشرعي، فكيف يجوز بيعه وزنًا بالدقيق.

وقد تقدم أنه تعتبر المماثلة بمعيار الشرع.

والمَشهُورُ: إِلغَاءُ العِظَامِ ، وقِيلَ: تَتَحَرَّى وتَسقُطُ

أي: إذا بيع اللحم باللحم وزنًا أو تحريًا فهل يباع بعظمه على ما هو عليه ويعد العظم كأنه لحم وهو المشهور، واحتجوا له ببيع التمر بالتمر من غير اعتبار بنواه.

والقول الثاني لابن شعبان: أنه يتحرى ما فيه من العظم ويسقط العظام معنى لا حسا، فعلى المـشهور إذا بيع تحـريًا إنما يتحـرى المجموع ، وعلـى قول ابن شعـبان لابد فـيه من تحريين، قاله ابن عبد السلام.

وقـال شيـخنا: إنما يحتاج إلى التـحري في اللحم فقط، وأما العظم فـيسقط، والله أعلم، وهو أظهـر من جهة المعنى، لكـن كلام ابن عبـد السلام هو الذي يؤخـذ من كلام المصنف، واستحسن سند قول ابن شعبان، وفرق بأن التمر يفسد بنزع النوى.

---

(١) «المدونة» (٣/ ١٣٦).

فرع:

فإذا بنينا على المشهور أن البيض ربوي وأجزنا بيع بعضه ببعض تحريًا، فإن كان فيه بيض نعام فاختلف هل لا يجوز بيعه إلا أن يستثنى بائعه قشره؛ لأنه كسلعة مع ربوي، أو لا؛ لأنه غير مستقل إلا بالقشر ولا يمكن بقاؤه مفردًا، فهو من ضرورته فيعطى حكم العدم أو حكم ما هو حافظ له.

وكَذَلِكَ جِلدُ الشَّاتَينِ المَذبُوحَتَينِ

أي: جلد الشاتين كالعظم، وذكره الخلاف في الجلد يقتضي جوازه ابتداء وهو المشهور.

قال في «المدونة»[1]: ولا خير في شاة مذبوحة بشاة مذبوحة إلا مثلاً بمثل تحريًا إن قدر على تحريهما.

ومنعه أصبغ؛ لأنه لحم مغيب.

ورده الباجي[2] بأن ذلك لا يلزم إذا قلنا: إن الجلد لحم.

ورأى اللخمي المنع ولو استثنى الجلدين.

وعلى الجواز، فظاهر «المدونة» دخول الجلد في البيع، وهو الذي يؤخذ من تشبيه المصنف.

وقال فضل بن أبي سلمة: لا ينبغي ذلك وإن استطيع تحريهما، إلا أن يستثني كل واحد جلد شاته.

وروى يحيى بن يحيى نحوه عن ابن القاسم؛ لأنه لحم وجلد بلحم وجلد.

ورده الباجي بما تقدم، فإنه يؤكل كثيرًا مسموطًا.

سند: وعلى قول الباجي يراعى الصوف فيفرق بين المجزوزتين وغيرهما.

ونقل بعضهم قولاً بجواز بيع الشاتين المذبوحتين في السفر لا في الحضر.

وأُجِيزَ بَيعُ الخُبزِ بالخُبزِ تَحَرِّيًا، وفِي التَّحَرِّي، ثَالِثُهَا: بِالدَّقِيقِ فِي خُبزِ الصِّنفَينِ،

---

(١) «المدونة» (٣/ ١٥٦).

(٢) «المنتقى» (٦/ ٣٧٠).

وبالرُّطُوبَةِ الوَاحِدُ، قَالَ البَاجِيُّ: يَنبَغِي الوَزنُ وحدَهُ

يعني: أنه يجوز بيع الخبز بالخبز تحريًا، نص مالك على ذلك في «الموطأ»[١]، وفي السلم الأول من «المدونة»[٢].

وحكى بعض الشيوخ عن مالك أن الخبز بالخبز يجوز فيه التفاضل، وهو مشكل.

وقوله: (**وفِي التَّحَرِّي**) أي: إذا أجزنا بيع بعضه ببعض متماثلاً فاختلف في كيفية التحري على ثلاثة أقوال:

الأول: يتحرى دقيقهما، وهو قول ابن القاسم في «العتبية»[٣]، الباجي[٤]: وهو مذهب جمهور أصحابنا، وقال في موضع آخر[٥]: هو ظاهر المذهب، لكن قيده بما إذا كان الخبزان من صنف واحد.

وذكر ابن رشد[٦]: لا خلاف أن المعتبر في الخبزين إذا كان أصلهما مختلفًا على مذهب من يرى أن الأخباز كلها صنف واحد، فليس هذا القول على عمومه كما قاله المصنف.

والثاني: أن المعتبر الوزن، وهو الذي أراده بقوله: (**وبالرُّطُوبَةِ**) أي: أنه تعتبر الرطوبة في الوزن فلا التفات إلى الدقيق.

الرطوبة: ما يجعل في الدقيق من الماء والملح والخبز.

والثالث: أنه يتحرى الدقيق إن كانا من صنفين ويتحرى الوزن إن كانا من صنف واحد، وفي كلامه نظر من وجوه:

أولها: ما تقدم أن كلامه يقتضي أن الأول يعتبر الدقيق مطلقًا، وليس كذلك.

ثانيها: أن القول الثالث عكس فيه النقل؛ لأن المنقول أن الخبزين إن كان الأصل الذي

---

(١) «الموطأ» (٢/ ٦٤٧).

(٢) «المدونة» (٣/ ٦٦).

(٣) «البيان والتحصيل» (٨ / ٨٦).

(٤) «المنتقى» (٦/ ٢٠٠).

(٥) «المنتقى» (٦/ ٣٣٤).

(٦) «البيان والتحصيل» (٨/ ٨٧).

خبزا منه لا يحل التفاضل فيه كقمح وشعير يوزن الدقيقان لا يوزن الخبزان.

وإن كان ما خبزا منه يجوز فيه التفاضل كـقمح وفول اعتبر تساويهما في الوزن، قاله بعض القرويين، هكذا نقله المازري ، وابن يونس[1] وغيرهما.

ثالثها: أن هذا لا يكون ثالثًا إلا إذا كان القول الأول على عمومه، وقد تقدم ما فيه.

رابعها: يوهم ما نقله عن الباجي أنه قول رابع، وليس كذلك إذ هو الثاني.

والمَذهَبُ : أَنَّ النَّهي يَدُلُّ عَلَى الفَسَاد إلا بدَليلٍ

هكذا حكاه عبد الوهاب، وهو المختار عند أهل الأصول، ومحل ذلك كتب الأصول، ويستدل لهذه القاعدة بالحديث الصحيح: «**من أحدث في أمرنا ما ليس منه فهو رد**».

فَمنهُ بَيعُ الحَيَوَانِ باللحمِ، ومَحمَلُهُ عِندَ مَالكٍ عَلَى الجِنسِ الوَاحِدِ للمُزَابَنة، فَيَجَوز بَيعُ الطَّيرِ بلَحم الغَنَمِ وبالعكسِ..

روى مالك في «مراسيله» عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب: **أن الرسول ﷺ نهى عن بيع الحيوان باللحم**، والمحمل: اسم مصدر؛ أي: اسم للحمل، فقياسه على هذا: أن يكون مفتوح الميمين؛ لأن كل مضارع على يفعل كيضرب، ولم تكن فاؤه واوًا فقياس اسم مصــدره على مفعل بفتح الـعين، وللزمان والمكان بكسرها؛ أي: ومــحمل هذا النهي عند مالك ـ رحمه الله ـ على الجنس الواحد؛ لأن بيع اللحم بالحيوان بيع معلوم بمجهول، وهو معنى المزابنة.

وفي كلامه إشارة إلى أنه لو كـان هذا الحيوان غير مباح الأكل لجـاز بيعه باللحم وهو كذلك، فيجوز بيع الخيل باللحم لعدم المزابنة حينئذ، وأشار بقوله: (**عِندَ مَالِكٍ**) إلى محمل الليث والشافعي، فإنهما حملاه على عمومه.

وروي عن أشهب جواز بيع اللحم بالحيوان.

قوله: (**فَيَجُوزُ بَيعُ...**) إلى آخره؛ لأن المزابنة شرطها اتحاد الجنس.

وخَصَّصَهُ القَاضِيَانِ بالحَيِّ الَّذِي لا يُرَادُ إلا لِلذَّبحِ

أي: كالشاة المعلوفة والكبيرة، فهو تخصـيص للنهي بعد تخصيص الإمام، وهو متجه

---

(١) «الجامع» (٨ / ٢١٤).

لظهور القصد إلى المزابنة في هذا النوع وبعدها في الصـحيح، وهو قول الأبهري وغيره من البغداديين، فلا يقال: يرد عليه مـا أورده المازري وغيره على قول مالك من أن المزابنة تمتنع حيث لا تكثر في إحدى الجهتين كثرة بينة.

ومالك منع مطلقًا فلم تطرد العلة؛ لأنا نقول: إذا ظهرت الزيادة فالمنع لأجل التفاضل عندهما ـ وإن شك ـ فالمنع عندهما للمزابنة والتفاضل.

ولأجل أن مالكًا لم يطرد العلة وقال بالمنع وإن ظهر الفـضل، مع كونه علل بالميزانية، أجرى اللخمي قولاً ثالثًا بالجواز في الجنس الواحد إذا تبين الفضل.

ومَا لاَ تَطُولُ حَيَاتُهُ وَمَا لا مَنفَعَةَ فِيهِ، إلا اللَّحمُ كَاللَّحمِ خِلافًا لأشهَبَ، وهُمَا رِوَايَتَانِ

يعني: أن قول مالك اختلف فيما لا تطول حياته من الحيوان كطير الماء، وما لا منفعة فيه من الحيوان إلا اللحم.

ابن عبد السلام: كالخصي من المعز، هل هو كاللحم فلا يجوز بيعه بحيوان من جنسه وبه أخذ ابن القاسم، أو لا وبه أخذ أشهب؛ لأنه يصدق عليه أنه حيوان.

ومنع ابن القاسم أيضًا بيع هذا الحيوان بلحم؛ لأنه حي إلا أن يجعله مع الحيوان لحمًا ومع اللحم حيوانًا احتياطيا.

فَإِن طَالَت أَو كَانَتِ المَنفَعَةُ يَسِيرَةً كَالصُّوفِ فِي الخَصِيِّ فَقَولانِ

يعـني: إذا فرعنا على ما أخذ به ابن القاسم، فإن كـان الحيوان تطول حياته كالشارف الذي لا يراد إلا للذبح، أو كانت منفعـته يسيرة كصوف الخـصي من الضأن، ففي كل نوع قولان، أما ما تطول حياته، فقال ابن المواز: كره مالك، وابن القاسم الشارف والمكسور من الأنعام باللحم، ثم أجازه مالك، وخففه أصبغ.

والمراد بالكراهة التحريم، وقد صرح اللخمي بذلك في تعليله.

وأما ما فيه منفعة يسيـرة، فقال ابن القاسم: لا يجوز بيع الكبش الخصي بالطعام إلى أجل، إلا أن يكون مما يقتنى لصوفه، قال: وأما التيس الخصي بالطعام إلى أجل فلا يحل؛ لأنه لا يقتني لصوفه إنما هو للذبح، وأجازه أصبغ وأشهب، كان فيه منافع أو لا.

وفهم مـن قوله: (المَنفَعَةُ يَسِيرَةً) أنها لو كانت كثيـرة ـ كما إذا كان لها صوف ولبن ويقصد منها الولادة ـ أنها ليست كاللحم.

ابن راشد: ولا خلاف في ذلك.

ومِن ثَمَّ اختُلِفَ فِي بَيعِهِ بالطعَامِ نَسيئَةً

يـعـنـي: ولأجل الخلاف في كـونه كاللحم أو كالحيـوان اختلف المذهب في بيع هذا الحيوان بالطعام إلى أجل، فمن عده طعامًا منع؛ لأنه طعام بطعام إلى أجل، وهو قول ابن القاسم.

قال ابن القاسم في «العتبية»(١): فلا يجوز بيع الكبش الخصي بالطعام إلى أجل إلا أن يكون كبشًا يقتنى لصوفه.

مـالك: وأما التيس الخصي بالطعام إلى أجل فـلا يحل؛ لأنه لا يقتنى لصوفه إنما هو للذبح.

ابـن المـواز: وأجازه أشهب وأصبغ، مـالك: وليس كل شارف سواء، وإنما ذلك في الذي قد شارف الموت، فأما ما كان يقبل ويدبر ويرتفع فلا.

وفِي المَطبُوخِ بِالحيَوَانِ قَولانِ

ظاهر كـلامـه: أن القـولين بالإجـازة والمنع، والذي حـكاه ابن المواز أن ابن القـاسم أجازه، وأشهب كرهه.

وإذا كان اللحم ينتقل بالطبخ عن جنسه فلا يجوز بالحيوان من باب الأولى.

ووجه الكراهة: الوقوف مع لفظ الحديث.

ومنهُ المُزَابَنَةُ، وهُوَ بَيعُ مَـعلُومٍ بِمَجـهُولٍ ومَـجهُـولٍ بِمَجهُـولٍ مِن جِنسِهِ، فَـإِن عُلِمَ أَنَّ أَحَدَهُمَا أكثَرُ جَازَ فِيمَا لا رِبًا فِيهِ...

أي: ومن المنهي عنه ـ وكذلـك في كل ما يأتي ـ وصح من حديث ابن عـمر ـ رضي الله عنهما ـ قال: **نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة**(٢).

والمزابنة: بيع ثمر النخل بالتمر كيلاً، وبيع الزبيب بالعنب كيلاً.

وضمير (هُوَ) يعود على المضاف المحذوف؛ أي: بيع المزابنة.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٧ / ٢٠٢).

(٢) أخرجه البخاري (٢٠٦٣)، ومسلم (١٥٤٢).

وتفسـيرها الواقع فـي الحديث إنما هو في الربوي، وهو عند أهل المذهب لا يـختص بالربوي؛ لأن غير الربوي وإن لم يدخل تحت المزابنة فثم عمـومات يدخل تحتها كالنهي عن الغرر.

وقوله: **(فَإِن عُلِمَ أَنَّ أَحَدَهُمَا أَكثَرُ جَازَ فِيمَا لا رِبَا فِيه)** لانتفاء المزابنة عنه إذ ذاك، إذ المزابنة المدافعة من قـوله: ناقة زبون، إذا منعت من حلابها، ومنه الزبانية لدفـعهم الكفرة، فكان كل واحـد من المتابعين يدفع صـاحبـه عن مراده ويعـتقـد أنه الغالب، فـإذا علم أن أحدهما أكثر انتفى هذا.

وعموم قوله: **(جَازَ فِيمَا لاَ رِبَا فِيه)** يشمل غير المطعومين والمطعومين غير الربويين.

وهو مقـتضى النظر، لكن ذكر ابن رشد فـي جواز بيع الرطب باليابس إذا كانا غـير ربويين ثلاثة أقوال:

أحـــدها: أن ذلك لا يجوز وإن تبين الفضل، وهو دليل ما في سـماع عيسى وما في سماع أصبغ؛ لعموم النهي عن الرطب باليابس.

الثاني: أنه يجوز بشرط تحري المساواة، وهو أيضًا في سماع عيسى.

والثـالث: التفصيل - كما أشار المصنف إليه - جائز إن تبين الفضل، وغير جائز إن لم يتبين الفضل، وهو قول ابن القاسم في سماع أبي زيد.

ابن عـبد السـلام: وهو الصحيح: وقد ذهب فـضل إلى أن هذا ليس باختلاف، وأن القولين الأولين راجعان إليه.

ولَو دَخَلَته صَنعَةٌ مُعتَبَرَةٌ جَازَ

أي: أن المصنوع يصير معدا لغير الأصل كالخبز بالعجين.

وقوله: **(جَـازَ)** يعني: البيع إن كان نقدًا أو إلى أجل، تقدم المصنوع أو تأخر زمنًا لا يصنع في مثله مثله، فإن تأخر قدر ما يصنع فيه منع لأنه مزابنة.

وَفِيهَا: مَنْعُ بيعِ الفُلُوسِ بالنُّحَاسِ نَقداً لأَنَّـهُ مُزَابَنَةٌ، وجَوَازُ بَيعِ النُّحَاسِ بالتَّورِ النُّحَاسِ نَقداً، واستَشكَلَهُ الأَئِمَّةُ، وفُرِّقَ بِقِلَّةِ الصَّنعَةِ فِي الفُلُوسِ...

التور: بالتاء المثناة المفتوحة.

الجـوهري[١]: إناء يشرب فيه، ونسب هذه «للمـدونة» لإشكالها؛ لأنه جعل الصنعة في الفلوس غير معتبرة بخلاف التور.

وما حكاه المصنف من التفرقة هو المشهور، ومسألة الفلوس في السلم من «المدونة»[٢].

ابن عبد السلام: ومسألة التور ليست بجلية في «المدونة»، ولكن هو المشهور.

وذكر في «البيان»[٣]: في تور النحاس ثلاثة أقوال:

أحدها: جواز ذلك نقدًا وإلى أجل لأجل الصنعة، وهو قول مالك في إحدى روايتي ابن وهب.

الثـــاني: جوازه نقدًا وإن لم يتـبين الفضل، ولا يجوز إلى أجل، وهو ظاهر «المدونة» لتشبيهه فيها ذلك بالكتان بثوب الكتان، وهي رواية ابن وهب الأخيرة.

والثالث: أن ذلك لا يجوز إلى أجل ويجوز في النقد إن تبين الفضل، وهو قول مالك في «العـتبـية»[٤]، وعليه تأول التـونسي «المدونة»، وتأول غيره عليه عـدم الجواز وإن تبين الفضل.

قال في «البيان»[٥]: ولا أعلم خلافًا في منع بيع الفلوس بالنحاس للمزابنة.

قال: وأما مصنوع بمصنوع من النحاس فلا خلاف في جوازه.

واعتـرضه التونسـي وقال: لا فرق في القـياس بين مصنوع بغـير مـصنوع أو مصنوع بمصنوع؛ لأن الصناعة إذا لم يكن لها تأثير في جهة فكذا في جهتين. انتهى.

واستشكل الأشياخ المنع في الفلوس، وقالوا: القـياس جوازه ؛ لأن الصنعة نقلته كما في التور، والفرق الذي ذكره المصنف لابن بشير، وفيه نظر.

ومِنهُ: بَيعُ الكَالِئِ بِالكَالِئِ

---

(١) «الصحاح» (٢ / ٦٠٣).

(٢) «المدونة» (٣/ ١٥٩).

(٣) «البيان والتحصيل» (٧ / ٣٠٣).

(٤) «البيان والتحصيل» (٧ / ٣٠٤).

(٥) «البيان والتحصيل» (٧ / ٣٠٤).

الكالئ[١]: مهموز، مأخوذ من الكلاءة بكسر الكاف، وهي الحراسة والحفظ.

فإن قيل: فالدين مكلو فكيف أطلق عليه كالئًا؟

فجـوابه: يحتـمل أن يكون مجازًا في المفـرد، أطلق الكالئ على الدين المكلو مـجازًا والعلاقة الملازمة.

وقد يرد اسم الفاعل بمعنى المفعول، كقوله تعالى: ﴿**مِن مَّاءٍ دَافِقٍ**﴾ [الطارق: ٦] أي: مدفوق، ويحتمل في الإسناد؛ أي: إسناد الفعل إلى مـلابس له بتأويل، أي: كالئ صاحبه كعيشة راضية، ويكون في الحديث إضـمار تقديره: نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع مال الكالئ بمال الكالئ؛ لأن كل واحـد من المتبايعين يكلأ صـاحبه، أي: يحرسـه لأجل ما له قِبَلَهُ، ولهذا وقع النهي عنه لأنه يفضي إلى كثرة المنازعة والمشاجرة.

والنهي المشار إليه ذكره عبد الرزاق، وقال: أخبرني الأسلمي، قال: حدثنا عبد الله بن عمر، وضعفه دينار قال: **نهى رسول الله ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ، وهو الدين بالدين**[٢].

قـال عبـد الحق: الأسلمي هو إبراهيم بن محـمد بن يحيى وهو متـروك، كان يرمي بالكذب.

قال بعـض من تكلم على هذا الموضع: ووثقه الدارقـطني، والشافـعي، ومحـمد بن سعيد الأصفهاني.

وقد رواه الدارقطني[٣] من حديث موسى بن عقبة عن عبد الله بن دينار: **أنه ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ**.

وموسى بن عقبة مولى آل الزبير ثقة روى له الجميع.

وحَقِيقَتُهُ: بَيعُ مَا فِي الذِّمَّةِ بشَيءٍ مُؤَخَّرٍ

اعلم أن هنا ثلاث حقائق:

الأولى: فسخ الدين في الدين، وهو أن تبيع الدين ممن هو عليه بشيء مؤخر من غير

---

(١) «الصحاح» (١ / ٦٩).

(٢) أخرجه الحاكم (٢٣٤٢)، والدارقطني (٣/ ٧١)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٣١٦) وضعفه الألباني ـ رحمه الله.

(٣) «سنن الدارقطني» (٣ / ٧١).

جنسه أو من جنسه، وهو أكثر، والمنع في هذه أشد من الأخيرتين؛ لأنهـا ربا الجاهلية أو من رباها فهي محرمة بالقـرآن، بخلاف الأخيرتين فإن الآية لا تقتضيهمـا، وإنما المنع فيهما بالحديث، ولا يجوز فيهما التأخيـر إلى مثل ذهابه إلى البيت، وأما أن يفارقه ثم يطلبه فلا يجوز إلا قدر مـا لا يمكن القبض إلا به، فإن كان يسـيرًا فبقدر ما يـأتي بمن يحمله . فإن كان طعامًا كثيرًا جاز مع اتصال العمل ولو شهرًا، قاله أشهب.

قال: وهذا إذا كـان ما يأخـذه منه حاضـرًا أو في حكمه كـالشيء يكون في منزله أو حانوته فيذهبان من فورهما إلى قبضه، وأمـا إن كان على ستة أميال، فقد كرهه مالك في «الموازية» حل الدين أو لم يحل.

الحقيقـة الثانية: ابتداء الدين بالدين، وهو تأخيـر رأس مال السلم، وهذه المرتبة أخف المراتب؛ لأنهم أجازوا التأخير فيه بلا شرط ثلاثة أيام على المشهور.

الحقيقة الثالثة: بيع الدين بالدين، وهي كالواسطة بينهما.

اللخمي: واختلف في التأخير في بيع الدين، فمنع ذلك في «المدونة» إلا على المناجزة.

وقال مـحمـد: يجوز التأخير اليـوم واليومين، قال: وهو أصوب ، ولا فرق بين بيع الدين وابتداء الدين.

وحكى ابن بشـير فـي الصرف قـولين: هل يلحق بيع الدين بابـتداء الدين أو بفـسخ الدين؟ ولابد في حقيقـة بيع الدين أن تتقدم عمارة الذمتين أو أحـدهما، كمن له دين على رجل ولثالث دين على رابع فباع كل واحد ما يملك من الدين بدين صاحبه.

وكـذلك لو كان لرجل دين على رجل فـباعـه من ثالث بدين، وعلى هذا فـلابد في حقيقة بيع الدين بالدين من ثلاثة أشخاص، بخلاف فسخ الدين في الدين فإنه لا زيادة فيه على اثنين ، فقد اتضح الفرق بينهما، وكـذلك بينهما وبين ابتداء الدين بالدين؛ لأن ابتداء الدين بالدين إنما يعمر الذمتين عند المعاوضة بخلافهما.

إذا تقرر هذا فكلامه يشمل بيع الدين بالدين، وفسخ الدين في الدين؛ لأن كلاً منهما قد بيع فيه ما في الذمة بشيء مؤخـر، ولا يشمل ابتداء الدين بالدين؛ لأنه لم يبع شيئًا قد تقرر في الذمة.

وقد يقال: بل كلامه يشمل الثلاثة؛ لأن تقدير كلامه: بيع شيء كائن في الذمة بشيء

مؤخر، والكائن في الذمة أعم من أن يكون تقرر قبل ذلك أولاً، وإنما يأتي الحمل الأول إذا جعلت (ما) موصولة، وأما إذا جعلت نكرة موصوفة فلا، على أنه يمكن أن يشمل كلامه الثلاثة ولو جعلناها موصولة.

واعلم أن العقود التي تشترط فيها المناجزة ستة: الصرف، وبيع الطعام بالطعام، والإقالة من الطعام، والإقالة من العروض، وفسخ الدين في الدين، وبيع الدين بالدين.

قال في «المقدمات»(١): وباب الصرف أضيق أبواب الربا.

ابن راشد: والإقالة من العروض دون الإقالة من الطعام في طلب المناجزة؛ لأن الإقالة من الطعام يحذر فيها من بيع الطعام قبل قبضه ومن فسخ الدين بالدين، والإقالة من العروض إنما يحذر فيها من فسخ الدين في الدين.

وتقدم الخلاف في بيع الدين هل هو كابتداء الدين أو فسخه؟

وكَذَلِكَ بَيْعُهُ بِمَنَافِعَ، وقِيلَ: إِلاَّ مَنَافِعَ عَيْنٍ

يعني: وكذلك يمتنع بيع الدين بمنافع مطلقًا، سواء كانت منافع معين أو منافع مضمونة.

وقال أشهب: إنما يمتنع إذا كانت المنافع مضمونة، وأما منافع معين فيجوز؛ لأن المنفعة إذا استندت إلى معين أشبهت المعينات المقبوضة لأنها أسندت إلى معين، كأن يفسخ الدين في ركوب دابة معينة إلى بلد، أو في كراء مضمون إلى بلد، وسبب الخلاف هل قبض الأوائل كقبض الأواخر؟ ورأى ابن القاسم: أن المنافع وإن كانت معينة كالدين لتأخر إجزائها؛ أي: لأنها لا تقبض ناجزًا، ولأن الضمان من مالك الرقبة.

وسبب الخلاف في المعين هل النظر إلى التعيين، أو النظر إلى عدم القبض وتأخيره.

وكلام المصنف هنا إنما هو في بيع الدين من المدين؛ لأنه سيتكلم في بيعه من غيره.

وصحح المتأخرون قول أشهب، لأنه لو كانت منافع المعين كالدين يمتنع فسخ الدين فيها لامتنع اكتراء الدواب واستئجار العبد وشبهه بدين، والمذهب جوازه.

وفرق: بأن اللازم في محل المنع هو فسخ الدين، وفي محل الجواز ابتداء الدين بالدين، وهو أخف.

(١) «المقدمات» (٢/ ١٤).

وفِي بيعِهِ بِمُعَيَّنٍ يَتَأَخَّرُ قَبضُهُ كَالدَّارِ الغَائِبَةِ والمُوَاضَعَةِ، والمتَأَخِّرِ جِذَاذُهُ، قَولانِ...

يعني: فلو باع الدين لمن هو عليه بدار غائبة أو أمة متواضعة أو ثمر بدا صلاحه ولا يجذ في الحال، فقولان: المشهور، وهو مذهب «المدونة»: المنع؛ لأنه قد تأخر القبض فأشبه الكالئ بالكالئ، والقول بالجواز لأشهب.

واستشكل الشيوخ المنع في الدار الغائبة؛ لأنها كالمقبوضة بنفس العقد على المشهور كما تقدم، بخلاف الأمة المتواضعة فإن ضمانها من بائعها، وكذلك المتأخر جذاذه فيه ضمان الجوائح؛ ولهذا قال جماعة: إن معنى المسألة أن الدار بيعت مدارعة فصار فيها حق توفية.

فَإِن بيعَ مِن غَيرِ المَدِينِ اشتُرِطَ حُضُورُهُ وإقرَارُهُ

يعني: فإن بيع الدين من غير من عليه الدين فيشترط حضور المديان وإقراره، أما حضوره فليعلم ملاؤه وعدمه، وأما إقراره فلئلا يكون من شراء ما فيه خصومة وهو غرر.

وإذا حصل هذان الشرطان جاز شراؤه اتفاقًا، وأما شراؤه وهو على ميت فمنعه في «الموطأ»[(١)].

ابن رشد[(٢)]: ولا خلاف فيه؛ لأنه غرر، إذ قد يكون عليه أكثر من تركته فلا يكون له إلا ما نابه في الخصاص، وهو مجهول.

وأما إن كان حيا ولكنه غائب فإن لم تكن عليه بينة فنص مالك في غير موضع على المنع.

وظاهر قول أصبغ في «العتبية»: جواز بيعه، وعلى ذلك فهمها ابن رشد، وتأوله في موضع آخر على أن الغيبة قريبة، وإن كانت عليه بينة فالمشهور: أنه لا يجوز، إذ لا يدري أهو حي أم ميت، مقر هو أم منكر؟

ابن رشد[(٣)]: وأجازه ابن القاسم في سماع موسى إذا كانت غيبته قريبة بحيث يعرف حاله، وقاله أصبغ في «نوازله»، ورواه ابن دينار عن مالك.

وإن كان حاضرًا فهل يشترط إقراره؟ المشهور: اشتراطه.

(١) «الموطأ» (٢/ ٦٧٥).

(٢) «البيان والتحصيل» (٧ / ٨٢).

(٣) «البيان والتحصيل» (٧ / ٨٣).

ابن رشد: وتقوم إجازته من إجازة ابن القاسم بيع الدار التي فيها خصومة على ما وقع في بعض روايات المدونة.

ومِنهُ: بَيعُ الغَرَرِ، وهُوَ ذُو الجَهلِ والخَطَرِ وتَعَذُّرِ التَّسلِيمِ

في مسلم(١): **نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وبيع الغرر.**

وهو يشتمل على ثلاثة أنواع:

أحدها: هذا، والجهل بينه في قوله: (كزنة حجر مجهول، وكتراب الصواغين).

الثـــاني: هو الخطر، وهو ما تردد بين السـلامة والعطب، كبيع المريض فـي السياق، والآبق، والشارد، والثمار قبل بدو صلاحها على التبقية.

الثـالث: تعذر التسليم نحو الطير في الهـواء، والسمك في الهواء، وقد يحتمل اثنان في محل واحد كالطير في الهواء، وكلامه ظاهر.

وبَعضُهُ مَعفُوٌّ، قَالَ البَاجِيُّ: اليَسِيرُ، وزَادَ المَازِرِيُّ: غَيرُ مَقصُودٍ لِلحَاجَةِ إِلَيهِ

أي: وبعض الغرر معفو، إذ لا يكاد يخلو بيع عنه.

وقوله: (**قَالَ البَاجِيُّ**)(٢) هو تفسير للبعض المعفو عنه.

و(اليَسِيرُ): خبر مبتدأ محذوف.

وزاد المازري مع قيد اليسارة قيدين آخرين: أن يكون غـير مقصود، وأن يكون محتاجًا إليه.

وقرره في «المعلم»(٣): بأن العلماء أجمعوا على فساد بعض بياعات الغرر؛ كالأجنة، والطير في الهواء، والسمك في الماء.

وأجمعوا على صحة بعـضها؛ كالجبة وإن كان حشوها مغيـبًا، وكإجارة الدار مشاهرة مع كون الشهر ناقصًا وكاملاً، وكدخول الحمام والشرب من السقاء مع اختلاف الناس في الاستعمال والشرب من السقاء.

---

(١) «صحيح مسلم» (١٥١٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) «المنتقى» (٦/ ٣٩٩).

(٣) «المعلم» (٢/ ١٦٠).

واختلفوا في بعـضها، فيجب أن يبـحث عن الذي يعرف منهم اتفاقهم واخـتلافهم، ففهمنا عنهم أنهم إنما منعوا بيع الأجنة لعظم غررها وأن الغرر فيها مقصود، وأجازوا تلك المسائل لأن الغرر فيها يسير غير مقصود وتدعو الضرورة إلى العفو عنه.

والخلافُ في بَعضهَا لتَحقُّقه، فَفي بَيعِ الإمَاءِ وغَيرِهنَّ بشَرطِ الحَملِ الظَّاهِرِ، ثَالثُهَا: إنْ قَصدَ البرَاءَةَ منهُ صحَّ وإلا فَسَدَ...

يعني: والخلاف في بعض البياعات المشتملة على الغرر لتحقق ذلك القدر هل هو من اليسير فيعفى عنه أو من الكثير فلا يعفى عنه.

وينبغي إذا شـك في محل هل هو من اليسـير أو من الكثـير المنعُ؛ لأنه أسـعد بظاهر الحديث، وقد يقال: بل الغرر مانع والشك فيه غير قادح، إذ الأصل الجواز.

وقوله: (**فَفي بَيعِ الإمَاءِ...**) إلى آخره، يعني: أن المذهب اختلف في جواز بيع الأمة، والشاة، والناقة، والبقرة بشرط أنها حامل على ثلاثة أقوال:

أحـدها: أنه جائز، سواء قصد بشـرطه التبرؤ أو زيادة الثمن؛ لأنه تبرأ في الأول من عيب، وفي الثاني الغالب سلامته وولادته.

الثاني: أنه ممتنع وهو مذهب المدونة، وعلله بأنه كأنه أخذ لجنينها ثمنًا.

والثالث لمالك في «الموازية»: إن قصد البراءة صح، وإن قصد الاستزادة لم يصح.

ابن عبد السلام: وهو الأقرب، وبعضهم رد القولين الأولين عليه.

خـليـل: وفي كلام المصنف نظر؛ لأنه يقتضي أن القـول الثاني أنه لا يصح وإن قصد البراءة، وهذا لا ينبغي أن يختلف في جوازه.

وقد صرح ابن زرقـون بذلك ، وإنما الخلاف إذا قصد الاستزادة في الثـمن والمشهور: المنع، ولفظ ابن زرقون: اختلف في بيع الجارية التي يزيد في ثمـنها الحمل على أنها حامل والبقرة وغـيرها، على ذلك فمنعه مـالك في سماع ابن القاسم وإن كـانت ظاهرة الحمل، وأجازه سحنون إذا ظهر الحمل، وأجازه أشهب وإن لم يظهر، فإذا قلنا بهذا القول فوجدها غير حامل، فقال أشهب: يردها.

وقال ابن أبي حازم: إن باعها وهو يظن أنها حامل فإذا هي غير حامل فلا يردها، وإن علم أنها غير حامل بمعرفته أن الفحل ينزو عليها فله أن يردها؛ لأنه غره وأطمعه.

وأما إن كانت الجارية رفيعة ينقصها الحمل فباعها على أنها حامل وهي ظاهرة الحمل، فلا خلاف في جوازه؛ لأن ذلك على معنى التبرؤ، وإنما لا يفسد البيع في الرمكة على أنها حامل في قول من أجـازه إذا قال ذلك قولاً مطلقًا، ولو قال: إنهـا حامل من فرس أو من حمار لفسد البيع؛ لاحتمال أن يكون انفلت عليها غير الذي سماه.

وأَمَّا بشَرطِ الخَفِيِّ فَفَاسِدٌ إلا فِي البَرَاءَةِ

أي: فلا يجوز اشتراط الحمل الخفي إذا قصـد به الاستزادة، وقد تقدم قول أشهب أنه أجازه، سواء كانت ظاهرة الحمل أم لا.

وما ذكره من جواز التبرؤ في الحـمل الخفي إنما هو في الأمة الوخش، وأما الرائعة فلا يجوز بيعها بشرط البراءة منه؛ لأن الحـمل يضع من ثمنها كثيرًا وذلك غرر، نص عليه في «المدونـة»[1] وغيرها، قال: وهذا مع انتفاء السيد مـن وطئها، وأما إن أقر بوطئها لم يجز بيعها وإن كانت وخشًا، إذ لا خلاف أن البراءة لا تنفع من حمل يلزمه.

ومنهُ بَيعُ المَضَامينِ والمَلاقِحِ، وحَبَلُ الحَـبلَةِ، وفي «المُوَطَّأ»؛ المَضَامينُ: مَا فِي بُطُونِ إنَاثِ الإبِلِ، والمَلاقِيحُ: مَـا فِي بُطُونِ الفُحُولِ، وعَكَسَ ابنُ حَبِـيبٍ، وفيهِ حَبَلُ الحَـبَلَةِ: بيعُ الجَزُورِ إلَى أَن يُنتِجَ نِتَاجَ النَّاقَةِ، وروَى ابنُ حَبِيبٍ: بَيعُ نِتَاجِ نِتَاجِ النَّاقَةِ...

النهي في «الموطأ»[2]، وكلامه ظاهر التصور.

ومنهُ بَيعُ المُلامَسَةِ: وهُوَ أَن يَلمِـسَ الثَّوبَ فَيَجِبُ البَيعُ مِن غَيـرِ تَبيينٍ. ومِنهُ بَيعُ المُنَابَذَةِ: وَهُوَ أَن يَتَنَابَذَا ثَوبَينِ فَيَجِبُ البَيعُ...

في الصحيح: أنـه ـ عليه السلام ـ **نهى عن بيعـتين في بيعة، وعن بيع الملامـسة، وبيع المنابذة**[3].

قال في البخاري[4]: الملامسة : لمس الثوب لا ينظر إليه ولا يقلبه. والمنابذة : طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقلبه وينظر إليه.

وفي مسلم[5]: الملامسة: لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقلبه إلا

(١) «المدونة» (٢/ ٣٧٢). (٢) «الموطأ» (٢/ ٦٦٥).

(٣) أخرجه البخاري (٣٦١)، ومسلم (١٥١١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٤) «صحيح البخاري» (٧ / ١٤٧).

(٥) «صحيح مسلم» (٣ / ١١٥٢).

بذلك.

والمنـابذة: أن ينبذ الرجل إلى الرجل ثوبه وينبذ الآخر إليـه ثوبه، ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض به.

ومنهُ: بيعُ الحَصَـاة: وهُوَ أن تَسقُطَ حَـصَاةٌ من يَدِه فَيَـجبُ البَيعُ، وقِيـلَ: أن تَسقُطَ علَى ثَوبٍ فَيَتَعيَّنُ، واستَشكَلَهُمَا المَازِرِيُّ...

سبق اللخميُ المازري إلى هذا الإشكال، ووجهه ظاهر؛ لأنـه إذا جعل سقوط الحصاة أو رميها دليلاً على البيع، فإذا حصل بذلك فلا غرر لأنه رضى.

وكلام المازري الذي أشار إليه المصنف هو في «المعلم»(١)؛ لأنه قال فيه: قيل في هذا الحديث تأويلات منها: أن يكون المراد أنه يبـيع من أرضه قدر ما انتهت إليه رمـية الحصاة، ولا شك أن هذا مجهول لاختلاف الرمي.

وقيل معناه: أيُّ ثوب وقعت عليه حصاتي فهو مبيع، هذا أيضًا مجهول كالأول.

وقيل معناه: ارم بالحصاة فما خرج فلك بعدده دنانير أو دراهم، وهذا أيضًا مجهول.

وهذه تأويلات تتقارب، وكلها يصح معه المنع.

وقيل تأويل رابع، وخـامس؛ فقيل: معناه: أنه إذا أعـجبه الثوب ترك عليـه حصاة، وهذا إذا كان بمعنى الخيار، وجعل رمي الحصاة علمًا على الاختيار لم يجب أن يمتنع إلا أن تكون عـادتهم في الجاهليـة أن يضيفـوا إلى ذلك أمورًا تفـسد البـيع، ويكون ذلك عندهم معروفًا ببيع الحصاة، مثل أن يكون متى ترك الحصاة ولو بعد عام وجب له البيع فإنه فاسد.

وقيل: إن كان الرجل يسوم الثوب وبيده حصـاة، فيقول: إذا سقطت من يدي فيجب البيع، وهو أيضًا كالذي قبله. انتهى.

ومنهُ: بَيعَـتَانِ في بَيعَـة ومَحمَلُـهُ عندَ مَالك: علَى سلعَة بثَـمَنَين مُختَـلفَين، أَو سِلعَتَينِ مُختَلفَتَينِ بثَمَنٍ وَاحِدٍ علَى اللُّزُوم لَهُمَا أَو لأَحَدِهمَا وإِلا جَازَ...

روى الترمذي من حديث أبي هريرة وصححه قال: **نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة.**

ومحمله عند مالك على صورتين:

(١) «المعلم» (٢/ ١٦٠).

الأولـى: أن يبيع الرجل سلعته بثمنين مختلفين، وسواء اختلفا في الجنس، أو القدر، أو الصفة على وجه يتردد نظر العاقل فيه، كما لو قال: بعشرة نقدًا، أو بعشرين إلى أجل، ولو عكس جاز؛ لأن كل عاقل لا يختار إلا الأقل في المقدار والأبعد في الأجل.

وكلام المصنف لا يؤخذ منه هذا، وكأن المصنف أسقطه لندوره.

والصورة الثانية: أن يبيع منه سلعتين مختلفتين بثمن واحد.

ونقل ابن عبد السلام عن ابن حبيب الجواز في الصورة الأولى.

أعني: إذا كان الثمن عينًا من صفة واحدة واختلف الأجل.

وقوله: **(عَلَى اللُّزُومِ)** أي: وشرط منع النوعين معًا أن يكون المبيع لازمًا للمتبايعين أو لأحدهما، وإن لم يكن على اللزوم لهما أو لأحدهما جاز.

ووجه الفساد مع اللزوم: الغرر، إذ لا يدري البائع بما باع ولا المشتري بما اشترى، ولأنه يلزم منه فسخ الدين في الدين، وقد يختار الأقل ثم يفسخه في الأكثر، وإن كان بذهب وفضة لزم منه أيضًا الصرف المستأخر.

وأجمل المصنف في اختلاف السلعتين، وذكر بعضهم في المسألة أربعة أقوال:

أولها «للمدونة»: أن ذلك ممتنع فيما عدا الجودة والرداءة من صنفية، أو صفة، أو رقوم.

وأما إن اختلفا بالجودة والرداءة فقط فيجوز، وإن اختلفت القيمة وليس من بيعتين في بيعة.

ثانيها لابن المواز: إن اختلفا في الصنفية أو الصفة اختلافًا متباينًا يبيح سلم أحدهما في الآخر فلا يجوز.

وإن اختلفا في الصفة ولم يتباينا تباينًا يجوز سلم أحدهما في الآخر جاز.

وثالثها لأشهب وعبد الملك: يجوز وإن اختلفا بالصنفية أو الصفة اختلافًا يبيح سلم أحدهما في الآخر.

ورابعها لابن حبيب: لا يجوز إلا أن يكون صنفًا واحدًا أو صفة واحدة وقيمتها واحدة، ولو اختلفا بالجودة والرداءة وبالقيمة لم يجز.

ابن عبد السلام: وهو الأقرب؛ لأن الإلزام مع اختلاف القيمة موجب للجهالة، وأشد

منه إذا اختلفت صفاتها، ولو قيل: لا يجوز وإن تساوت قيمتها لكان له وجه.

وقوله: **(وإلا جَازَ)** أي: وإن لم يختلف الثمنان ولا المثمونان أو اختلفا وكان المتبايعان معًا بالخيار جاز.

فَلَو قَالَ: خُذ بأَيِّهِمَا شِئتَ، فَرِوَايَتَانِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ التِزَامٌ أَو لا

يعني: لو قال البائع للمشتري: خذ هذا الثوب أو هذه الشاة بدينار، ولم يزد على ذلك. فعن مالك ـ رحمه الله ـ روايتان سببهما ما ذكره المصنف، والبطلان رواية لابن القاسم، وابن وهب.

ابن المواز: وهي أصح، والصحة رواية لأشهب.

وَلَو اشتَرَى عَلَى اللُّزُومِ ثَوبًا يَختَارُهُ من ثَوبَينِ أَو أَكثَرَ جَازَ، وكَذَلِكَ العَبِيدُ، والبَقَرُ، والغَنَمُ، وَالشَّجَرُ غَيرُ المُثمِرِ مَا لَم يَكُن طَعَامًا...

قوله: **(يَختَارُهُ مِن ثَوبَينِ)** ظاهره: ولو كانا مختلفي الثمن، وهو مذهب «المدونة» كما تقدم.

وهذه المسألة مقيدة بما إذا كان الخيار للمشتري، وأما إن كان للبائع لم يجز كما بينه في النكاح من «المدونة»[1] فيمن نكح امرأة على أحد عبديه.

وذكره المصنف في باب الصداق، فقال: ويجوز على عبد تختاره لا يختاره هو كالبيع، وقوله: **(مَا لَم يَكُن)** يعني: المشتري طعامًا، وسيأتي.

وإِنِ اختَلَفَتِ الأَجنَاسُ لَم يَجُز كَحَرِيرٍ وصُوفٍ، أَو بَقَرٍ وغَنَمٍ

هذا ظاهر، وهو حقيقة بيعتين في بيعة.

ولَوِ اشتَرَى نخلَةً مُثمِرَةً، أَو ثَمرَةَ نَخلَةٍ من نَخلاتٍ لَم يَجُز

لما ذكر أولاً قوله: **(مَا لَم يَكُن طَعَامًا)** تكلم على ذلك، يعني: ولو فرضنا المسألة السابقة في طعام لم يجز، سواء كان مع عرض، وهو قوله: **(نَخلَةً مُثمِرَةً)** أو لا عرض معه، وهو قوله: **(ثَمَرَةَ نَخلَةٍ)** وسواء كان الطعام متفقًا كما مثل به، أو مختلفًا كثمرة وقمح، صرح بذلك في «المدونة»[2].

---

(١) «المدونة» (٢/ ١٤٧).

(٢) «المدونة» (٣/ ٢٣٤).

وعلل بعلتين: التفاضل في بيع الطعام من صنف واحد، وبيعه قبل قبضه إن كان على الكيل؛ لاحتمال أن يدع واحدة بعد اختيارها ويأخذ أخرى.

واختلف إذا تساوى الطعام هل يجوز ذلك فيه أم لا؟ فقال فضل : يجوز، وفي كتاب أبي الفرج «والواضحة»: المنع من ذلك.

ابن حبيب: ويدخله بيع الطعام قبل استيفائه.

وضعفوا هذا التعليل، وقالوا: بل يدخله طعام بطعام على خيار وليس يدخله بيعه قبل قبضه؛ لأنه لو أسلم في محمولة جاز أن يأخذ سمراء مثل الكيل بعد الأجل وهو بدل.

واختار اللخمي في ذلك الجواز، ويحال المشتري في ذلك على دينه، ويؤمر إذا اختار شيئًا ألا ينتقل عنه.

وروى ابن حبيب عن مالك فيمن قال: أبيع منك من هذه الصبرة عشرة آصع وإن شئت من هذه الصبرة التي هي من جنسها بدينار وعقدا على ذلك: لم يجز.

ابن الكاتب: ومعنى ذلك: إذا تأخر الاختيار عن وقت العقد.

وقال ابن محرز: إذا اشترى عشرة أقفزة يختارها من صبرتين من جنس واحد، توقف فيها الشيخ أبو الحسن، وأجازها من لقينا من الشيوخ.

فضل: وظاهر «المدونة» الجواز؛ وفيه مغمز؛ لأن الطعام بالطعام لا يجوز فيه خيار ساعة.

ابن عبد السلام: لا أدري من أين أخذها من «المدونة»، وفي أواخر كتاب الخيار من «المدونة» خلافه فانظره.

بخلاَفِ البَائِعِ يَستَثني أَربَعَ نَخلات أَو خمسًا من حَائطه إن كَانَت يَسِيرَةً يَختَارُهَا، فَإِنَّ مَالِكًا أَجَازَهُ بَعدَ أَن وَقَفَ أَربَعِينَ لَيلَةً، وَكَرِهَهُ ابنُ القَاسِمِ...

أي: البائع يخالف المشتري في المسألة المتقدمة إذا كان الخيار له، فأجازه مالك إذا كان ما استثنى يسيراً.

ولم يكتف المصنف بالأربع عن التقييد باليسير؛ لأن الحائط قد تكون نخلاته كلها يسيرة.

ومراده بـ(اليسير) قدر الثلث فأدنى، كما تقدم.

ونسب لابن القاسم الكراهة، والذي في الرواية، وقال ابن القاسم: لا يعجبني ذلك، فإن وقع أمضيته لقول مالك فيه.

قال: وما رأيت من أعجبه ولا أحب لأحد أن يدخل فيه.

وقد أضاف الباجي إليه المنع.

ونقل عنه ابن محرز أنه قال: لا خير فيه.

ابن عبد السلام: والمنع أقرب إلى لفظه.

أبو الحسن: ولو كان مراده الكراهة على بابها، لمضى على قوله ولم يحتج إلى التعليل بمراعاة قول مالك، وعلى هذا فنسبة الكراهة إليه ليست بجيدة.

واختلف في الجواب عن توقف الإمام، فقال عبد الحق[(١)]: لأن البائع يعلم من حائطه جيده من رديئه فلا يتوهم فيه أن يختار هذه ثم ينتقل، بخلاف المشتري.

وقيل: لأن مالكًا يرى أن المستثنى عنده مبقى غير مشترى، ولو قال: إنه مبيع لمنع.

ومنهُ: بَيعُ عَسِيبِ الفَحلِ، وحُملَ عَلَى استِئجَارِ الفَحلِ عَلَى عُقُوقِ الأُنثَى، ولا يُمكِنُ تَسليمُهُ، فَأَمَّا عَلَى أَكوَامٍ أَو زَمَانٍ فَيَجُوزُ...

روى البخاري[(٢)] عن ابن عمر قال: **نهى رسول الله ﷺ عن عسيب الفحل**، ويقال: عسب وعسيب بالياء ودونها.

عياض في «المشارق»[(٣)]: وعسب الفحل المنهي عنه هو كراء ضرابه، والعسيب هو نفسه الضراب، قاله أبو عبيدة.

وقال غيره: لا يكون العسيب إلا الضراب، والمراد: الكراء عليه، لكنه حذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه، وقيل: العسيب ماؤه.

وفي «الجوهري»[(٤)]: العسيب الكراء الذي يؤخذ على ضراب الفحل.

ونهى عن عسب الفحل، تقول: عسب فحله يعسبه؛ أي: أكراه، وعسب الفحل

(١) «النكت والفروق» (٢/ ٤٤).
(٢) أخرجه البخاري (٢١٦٤) من حديث ابن عمر - رضي الله عنه.
(٣) «مشارق الأنوار» (٢/ ١٠١).
(٤) «الصحاح» (١/ ٤٦٨).

أيضًا: ضرابه، ويقال: ماؤه.

وحمل أهل المذهب ذلك على الإجارة المجهولة، وهو أن يستأجره حتى تحمل الأنثى، وهذا هو مـراده بعقـوق الأنثى، وهذا القدر مـجهـول؛ لأنه قد لا تحمـل فيغبن صـاحب الأنثى، أما إذا كانت الإجارة مضبوطة بأكوام أو زمان فهي جائزة.

عياض: والأكوام جمع كوم بفتح الكاف، وهو الضراب والنزو، ويقال: كامها يكومها إذا فعل بها ذلك.

فَلَو سَمَّيَا أَكوَامًا فَعَقَّت فِي الأُولَى انفَسَخَا

أي: انفسخت الإجارة في بقية المرات، وستأتي نظائرها في باب الإجارة إن شاء الله.

وصواب قوله: (**عقَّت**): أعقت.

الجوهري[1]: وأعقت الفرس؛ أي: حملت فهي عقوق، ولا يقال: معق إلا في لغة رديئة، والجمع: عقق كرسول ورسل.

ومِنهُ: بَيعٌ وشَرطٌ، وحُمِلَ عَلَى شَرطٍ يُنَاقِضُ مَقصُودَ العَقدِ، مِثلَ أَلا يَبيعَ ولا يَهبَ غَيرَ تَنجِيزِ العِتقِ لِلسُّنَّةِ...

ذكر عبد الحق في «أحكامه»[2] عن عبد الوارث بن سعيد، قال: حدثنا أبو حنيفة، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: **نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط**.

وحمله أهل المذهب على الشرط الذي لا يتم معه المقصـود من البيع، ومثل ما يناقضه بأن لا يبيع ولا يهب، ثم استثنى من ذلك تنجيز العتق، فإنه وإن كان يناقض مقتضى العقد فهو جائز.

وأشار بالسنة إلى حديث بريرة، واحترز بالتنجيـز من تدبيره أو عتقه إلى أجل أو نحو ذلك، فإنه فاسد.

فرعان مرتبان:

الأول: إذا أجزنا البيع بشرط العتق فهل يجـبر عليه وهو قول أشهب، وابن كنانة، أو لا وهو قول ابن القاسم.

---

(١) «الصحاح» (١/ ٤٨٦).

(٢) «الأحكام الوسطى» (٣/ ٢٧٧).

ثم اختلف الأشياخ في محل الخلاف؛ فقيل: إن المشترط عليه إن عقد الشراء على أنه بالخيـار في إبقائه لم يجبر، وإن قـصد أنه حر بنفس التزام الشـراء ألزم ذلك، وكذلك إن التزم ذلك، ويجبر عليه إن امتنع وإلا أعتقه عليه الحاكم.

وإنما الخلاف فيما إذا وقع الشراء على الإطلاق، وإليه ذهب اللخمي.

وقيل: الخلاف فيما إذا اشترط العتق على جهة الإيجاب.

الثـاني: إذا قلنا بفساد البيع لأجل اشتراط التدبـير ونحوه، وقلنا بفسخه، فلو أسقط البائع شرطه، فقال ابن القاسم: يمضي، وقال أشهب: لا يمضي .

أَو يَعُودُ بخَلَلٍ فِي الثَّمَنِ، كَشَرطِ السَّلَفِ مِن أَحَدِهِمَا

هذا قسيم قوله: (على شرط يناقض مقتضى العقد) أي: المنهي عنه قسمان:

قسم: يناقض مقتضى العقد.

وقسم: يعود بجهالة في الثمـن؛ لأنه لما وقع البيع على السلف صار من جملة الثمن والانتفاع به مجهول.

والذي علل به الكثير من علمائنا المنع بأنه يؤول إلى سلف جر منفعة.

وعلى هذا فيدعي أن الحكم مـعلل بعلتين، وما علل به المصنف هو في ابن شاس(١)، وعلل به صاحب «الاستذكار»(٢).

فَلَو أَسقَطَ، فَقَولانِ

أي: لو أسقط مشترط السلف شرطه، فالمشـهور صحة البيع إذا تبين أنه لا مقابل له. والشاذ لابن عبد الحكم: لا يصح؛ لأنهما دخلا على الفساد ابتداء.

ورواه المدنيون عن مالك، وعلى المشهور من تخيـير المتسلف في إسقاط شرطه ويصح البيع، فهل يشترط في التخيير ألا يكون قبض السلف وغاب عليه؟

وأما إن غاب عليه فلا يخير ويرد السلعة وينقض البيع؛ إذ ثم الربا بينهما للذي اشترط ذلك، ذهب إلى ذلك سحنون وابن حبيب، قالا: وإن فاتت بيدي المشتـري ففيها القيمة ما بلغت.

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٢٢).

(٢) «الاستذكار» (٦/ ٤٣٣).

وذكر أصبغ عن ابن القاسم أن الغيبة على السلف لا تمنع تخيير المشتري، فيرده إن كانت السلعة قائمة، وإن فاتت فعلى المشتري الأكثر من الثمن أو القيمة.

واختلف على ما تحمل عليه «المدونة» من القولين، والأكثرون حملها على قول ابن القاسم.

وصرح ابن عبد السلام بمشهوريته.

وذكر ابن راشد قول سحنون ثالثًا.

وظاهر إطلاقهم وإطلاق المصنف: أنه لا فرق بين أن يكون الإسقاط قبل فوات السلعة أو بعد فواتها، لكن ذكر المازري أن ظاهر المذهب أنه لا يؤثر إسقاطه بعد فواتها في يد مشتريها؛ لأن القيمة حينئذ قد وجبت عليه فلا يؤثر الإسقاط بعده.

وذكر المازري أن بعض الأشياخ خرج قولاً بالصحة مع إسقاط الشرط ولو مع الفوات، واعترضه، وتركته خوف الإطالة.

ومفهوم قوله: **(أَسقَطَ)** أنه إن لم يسقط لم يختلف في فساده، وهو كذلك.

فإن كانت السلعة قائمة ردت، وإن فاتت فثلاثة أقوال: روى يحيى عن ابن القاسم أن عليه القيمة ما بلغت، كان السلف من البائع أو من المبتاع، ويرد السلف.

الثاني مذهب «المدونة» ـ نص عليه في كتاب الآجال ـ: إن كان السلف من البائع فله الأقل من الثمن أو القيمة يوم القبض ويرد السلف وإن كان الثمن مائة والسلف خمسين وكان السلف من المشتري فعليه الأكثر، فإن كانت القيمة أكثر من مائة وخمسين أخذها البائع وإن كانت أقل من مائة وخمسين لم ينقص المشتري من ذلك؛ لأنه رضي بمائة ثمنًا ومعها خمسون يدفعها سلفًا، فإذا قبضنا منه المائة وأسقطنا عنه الخمسين فقد أحسنا إليه، وإن كان السلف من البائع فله الأقل منهما، فإن كانت القيمة خمسين أو ستين أخذها، وإن كانت أكثر من مائة لم يزد عليها.

الثالث لأصبغ: قال كذلك إلا أنه رأى أن القيمة إذا زادت على المائة التي هي الثمن والخمسين السلف لا يقضى للبائع بأكثر منها؛ لأنه يقال له: أنت رضيت بالمائة تملكها وتتبعه بالخمسين، فإذا ملكناك السلف فقد أحسنا إليك.

لكن اختلف هل هو وفاق لما في «الكتاب» أو خلاف، والظاهر: هو الأول.

عياض: وظاهر الكتاب خلاف أصبغ.

وأورد على المشهور لو باع سلعة وخمرًا بثمن فإن البيع لا يصح ولو أسقط الخمر.

وفرق القاضي إسماعيل: بأن مشترط السلف يخير في أخذه وتركه، وإنما تكون كالسلف لو قال: أبيعك على أني إن شئت أن تزيد في زق خمر زدتني وإن شئت تركته، فلو تركه جاز البيع.

ورده صاحب «الاستذكار»[1]: بأن مشترط الخمر لو شاء تركه كمشترط السلف سواء فلا فرق.

وأجاب ابن زرقون: بأن مشترط السلف إذا تركه لم يجبر على أخذه، بخلاف مشترط الخمر؛ لأنه مشتري له، ومن اشترى شيئًا أجبر على قبضه.

وفرق أيضًا: بأن البيع والسلف أصلان لو انفرد كل واحد منهما لجاز، والخمر لو انفردت وحدها لم يجز، وبأن الفساد في مسألة الخمر فساد راجع إلى ماهية المبيع؛ لفساد المعقود عليه، بخلاف البيع والسلف، فإن الفساد خارج عن الماهية.

فَلَو بَاعَهُ المَدينُ سلعةً عَلَى أَلا يُقَاصَّهُ، فَفِي مَنعِهِ قَولانِ لابنِ القَاسِمِ، وأَشهَبَ، بنَاءً عَلَى أَنَّهُ شَرطٌ لِلتَّأخِيرِ أَو لا...

يعني: لو كان لرجل دين حال على آخر فباع المدين سلعة لرب الدين بثمن من جنس الدين وشرط في عقدة البيع ألا يقاصه، فقال ابن القاسم: يمنع؛ لأن العرف في مثله يقتضي أن ذلك قرينة في تأخيره، ومن أخر ما عجل عد مسلفًا.

قال شيخنا: ولو علل أيضًا بأنه يسامحه فيكون هدية مديان لكان له وجه.

وروى أشهب أنه ليس في التزام عدم المقاصة ما يقتضي تأخيره، ولو شرط التأخير فسد اتفاقًا.

فَأَمَّا الرَّهنُ والكَفِيلُ والأَجَلُ فَلاَ

أي: وأما البيع باشتراط هذه الأربعة فليس من المنهي عنه.

ومِنهُ: بَيعُ العُربَانِ، وهُوَ أَن يُعطِيَ شَيئًا عَلى أَنَّهُ إِن كَرِهَ البيعَ أَوِ الإِجَارَةَ لَم يَعُد إِلَيهِ...

---

(١) «الاستذكار» (٦/ ٤٣٤).

روى مالك، وأبو داود: **أنه ـ ﷺ ـ نهى عن بيع العربان**، وكلامه ظاهر التصور.

والعربان: العربون، وفيه ست لغات: عربون وعربون وعُربان، وبالهمزة موضع العين في الثلاثة.

فرع:

فلو وقع البيع والكراء على ذلك، فقال عيسى بن دينار: يفسخ، فإن فاتت مضت بالقيمة.

ومنهُ: بَيعُ الكَلبِ، وفِي المَأذُونِ الكَرَاهَةُ والتَّحرِيمُ، وأَمَّا مَن قَتَلَهُ فَعلَيهِ قِيمتُهُ، وأَمَّا غَيرُ المَأذُونِ فَلاَ شَيءُ عَلَى قاتِله؛ لأَنَّهُ مِمَّا يُقتَلُ.

قد تقدم هذا في أول البيوع.

ومنهُ تَفرِيقُ الأُمِّ من ولَدِهَا، قَالَ مَالِكٌ: مَا لَم يَستَغنِ عَن أُمِّهِ، فَقِيلَ: الإِثغَارُ، وقِيلَ: سَبعُ سِنِينَ، وقِيلَ: البُلُوغُ...

لقوله عليه الصلاة والسلام: «**من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبابه يوم القيامة**»(١). حسنه الترمذي.

وما ذكره المصنف عن مالك من تفسير النهي بحالة عدم الاستغناء هو لمالك في «المدونة»(٢)، وفسر فيها الاستغناء بأن يستغني في أكله وشرابه ومنامه وقيامه.

واختلف هل النهي لحق الولد ـ وعليه ما في «الموازية» ـ إذا رضيت الأم بالتفرقة فليس ذلك لها؟ أو هو حق الأم ـ وعليه ما في «المختصر» ـ إذا رضيت الأم بالتفرقة فلا بأس؟

واختار اللخمي، وابن يونس وغيرهما الأول.

وقوله: (**فَقِيلَ: الإِثغَارُ**) هو كالتفسير للاستغناء.

وظاهر كلامه: أن هذه الأقوال لأهل المذهب في تفسير الاستغناء الذي نص عليه مالك، وهو جيد لو لم يكن مالك نص على بعض هذه الأقوال.

---

(١) أخرجه الترمذي (١٥٦٦) وأحمد (٢٣٥٤٦) والحاكم (٢٣٣٤) والبيهقي في «الكبرى» (١٨٠٨٩) من حديث أبي أيوب رضي الله عنه، قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، وحسنه الألباني رحمه الله.

(٢) «المدونة» (٣/ ٣٠١).

وقـد نص علـى الأول في «المدونة»[١]، فقـال: وحد ذلك الإثغار مـا لم يعجل به جواري كنَّ أو غلمانًا.

والقول بسبع سنين لابن حبيب، والـقول بالبلوغ رواه ابن غانم، وقال ابن وهب: حد ذلك عشر سنين.

المــازري: وقال محمـد بن عبد الحكم: لا يفرق بينهما مـا عاشا، ولأجل المنع من التفرقة قالوا: إذا اشتراهما شخص ثم اطلع على عيب بأحدهما فليس له إلا رد الجميع.

فَإِن فُرِّقَا، فَقِيلَ: يُفسَخُ مُطلقًا ويُعَاقَبَانِ، وقِيلَ: إِن لَم يَجمَعَاهُمَا، وقِيلَ: يُبَاعَانِ

يعـني: فإن فرقا إما ببيع، أو إجارة، أو نكاح، أو نحو ذلك، والقول بفسخه ـ يعني مطلقًا سواء جمعاهما أو لا ـ ذكره ابن حبيب عن مالك وأصحابه.

والقول بفسخه إن لم يجمعاهما ـ أي في ملك ـ هو مذهب «المدونة».

وكان ينبغي تقديمه لأنه المشهور، وقـد صرح المازري بمشهوريته، والثالث لابن المواز، قال: وأما الفسخ فلا.

ومنشأ الخلاف: هل منع التفرقة حق لله تعالى فيكون العقد على أحدهما فاسدًا فلابد من فسخه كالخمر، أو حق لآدمي فيكفي اجتماعهما؟ ثم هل في الحوز أو في الملك؟

فَإِن فُرِّقَا بِغَيرِ عِوَضٍ، فَقِيلَ: يُبَاعَـانِ إِن لَم يَجمَعَاهُمَا فِي مِلكٍ وقِيلَ: إِن لَم يَجمَعَاهُمَا فِي حَوزٍ...

كما لو وهـب الأم دون ولدها أو العكس، أو وهب كلاً منهما لشـخص، لم يختلف أنه لابد من الجمع.

واختلف قول مـالك هل لا يكتفي إلا بالاجتـماع في الملك كما لو فـرقا بعوض، أو يكتفي بالاجتماع في الحوز؟ لأن السيد لما ابتـدأ فعله بالمعروف من الصدقة والهبة، والغالب أنه لم يقصد الضرر فكان كالعتق.

وهذا الثاني هو ظاهر «المدونة» عند ابن أبي زيد.

وقـال ابن المواز: أحب إلينا الاجتماع في الملك وإلى من لقينا، ولو جاز هذا لجاز في الوارثين.

---

(١) «المدونة» (٣/ ٣٠١).

وقد قال مالك: لا يقتسمان وإن شرط ألا يفترقا في الحيازة.

وحكي عن ابن حبيب ثالث: وهو جواز الجمع في الحوز إذا كان الشمل واحدًا، مثل أن تتصـدق المرأة على زوجهـا أو هو عليها، والأب على ابنه والابـن على أبيه، لا إن لم يكن الشمل واحدًا، وتصح الهبـة والصدقة ويؤمر بالمقاواة أو بيعهـما من واحد ويأخذ كل واحد ما ينوبه من الثمن.

تنبيه:

منع التفرقة خاص عندنا بالأم، وتجـوز التفرقة في الأب والجد للأب أو للأم، قاله في «المدونة»[(١)] وغيرها.

واختار اللخمي منع التفرقة في الأب.

فإن قلت: يلزم هنا وفيما إذا فرقا بعوض وامتنعا من جمعهما في ملك جمع الرجلين سلعتهما في البيع كما أشار إليه بعضهم.

قـيل: يمكن أن يدفع ذلك بأن يقـوم كل من الولد والأم قبل البيع ثـم يفض الثمن عليهـما فلا تقع جهـالة، أو أجيز ذلك هنا للضرورة الداعـية إلى ذلك بخلاف الاخـتيار. وأجاب بالأول غير واحد، وبالثاني أيضًا عياض.

ومِنهُ: أَن يَبيعَ عَلَى بَيعِ أَخِيهِ، ومَحمَلُهُ إِذَا رَكَنَ البَائِعُ، وفِي فَسخِهِ قَولانِ كَالنِّكَاحِ

في الصحيح: قال ﷺ: «**لا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، إلا أن يأذن له**»[(٢)].

وعلى ظاهره من أن النهي للبائع أن يبـيع على بيع أخيه إذا ركن المشتـري إليه، حمله الباجي وعياض.

وقال ابن حبيب: إنما النهي للمشتري دون البائع وعدم الفسخ لمالك في «الواضحة»، ابن القاسم: ويستغفر الله ويعرضها على الأول بالثمن، زاد ابن القاسم: ويؤدب.

الباجي[(٣)]: ولعله يريد من تكرر ذلك منه، ونقل بعضهم عن مالك: أنه يفسخ ما لم

(١) «المدونة» (٣/ ٣٠١).

(٢) أخرجه البخاري (٢٠٣٣) ومسلم (١٥١٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) «المنتقى» (٦/ ٥٢٣).

يفت.

وإذا قلنا: يعرضها على الأول، فإن كان الثاني أنفق نفقة زادت بسببها أعطاه النفقة مع الثمن، وإن نقصت فإن شاء أخذ المبيع ولا شيء عليه وإن شاء تركه، قاله مالك.

ابن عبد السلام: والمنصوص في المذهب أن البائع إذا ركن ليهودي فلا يزاد عليه.

ومِنهُ: بَيعُ النَّجشِ، وهُوَ أَن يَزِيدَ لِيَغُرَّ

في الصحيح: قال رسول الله ﷺ: «**لا تلقوا الركبان للبيع، ولا يبع بعضكم على بعض، ولا تناجشوا، ولا يبع حاضر لباد، ولا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر**»[١].

قوله: (**وهُوَ أَن يَزِيدَ لِيَغُرَّ**) هو معنى تفسير مالك له في «الموطأ»[٢]، ولا يخلو إما أن يجعل بائعها من يزيد فيها، أو يفعل ذلك أحد من قبل نفسه ليفتدي به ويزيد عليه من يرغب فيها وليس مراده هو الشراء، فهذا إذا وقع وجب به الرد كما سيأتي.

والنجش في اللغة: هو الإثار والتحريك؛ لأنه يثير الصدق ويحركه، والناجش للبيع يثير للفساد.

فَإِن وَقَعَ بدَسِّه أَو بعلمه، وقيلَ: أَو بسَبَبه كَابنه وعَبده ونَحوهمَا،فَقَالَ ابنُ القَاسِم، وهُوَ المَشهُورُ: لَهُ أَن يَرُدَّ، فَإِن فَاتَت فَالقِيمَةُ مَا لَم تَزِد، وقَالَ مَالكٌ: يُفسَخُ كَالنِّكَاحِ فِي العِدَّةِ...

ضمير (دسه) وما بعده للبائع؛ يعني: أنه اتفق على وقوع النجش إن دس البائع من زاد في السلعة، أو زاد فيها أحد لا يريد شراءها وعلم البائع ولم ينكر.

وقوله: (**وقِيلَ...**) إلى آخره، هو قول ابن حبيب، لكنه لم يسقه على أنه خلاف بل على أنه المذهب.

وقد اعترضه بعض من تكلم على هذا الموضع بذلك، ثم ذكر المصنف في الحكم بعد الوقوع قولين:

---

(١) تقدم.

(٢) «الموطأ» (٢/ ٦٨٤).

المشهور: أن البيع لا يفسخ، وكذلك صرح المازري بمشهوريته.

والمبتاع بالخيار بين أن يتماسك بالمبيع على ثمنه في النجش أو يرد هذا في قيام السلعة، وأما في فواتها فعليه القيمة وكأنه أتلفها ما لم تزد على الثمن الذي رضي به البائع وهو ثمن النجش، وينبغي أن يتم هذا القول وما لم تنقص عن الثمن الذي كان قبل النجش.

ونسب المصنف هذا القول لابن القاسم، ونسبه غيره لمالك.

والشاذ: ذكره القزويني عن مالك، ووجهه: القياس على النكاح كما أشار إليه المصنف، وكون الأصلي في النهي أن يدل على فساد المنهي عنه.

خليل: وهذا التعليل الثاني أظهر، وأما القياس فالوصف الجامع غير ظاهر.

واختار ابن العربي[١] أن الناجش إذا بلغ السلعة القيمة فهو مأجور، وفيه بعد؛ لأنه إن لم يرد الشراء فهو إتلاف لمال المشتري، وإن كان مع إرادة الشراء فليس بناجش.

ونص ابن العربي على منعه من الزيادة على القيمة.

أشهب عن مالك: وإن أراد بيع سلعة وقال: أعطيت بها كذا وهو صادق، فلا بأس به إذا كان أعطى عن سوم، وأما النجش فلا، أو يكون عطاء قديمًا فيكتم قدَمَه والمبتاع يظن أنه حديث.

فرعان:

الأول، لمالك في «الموازية»: فيمن قال لرجل ما أعطيت في سلعتك فلك زيادة دينار، فقال: أعطاني فلان مائة فزاده وأخذها، ثم قال فلان: لم أعطه إلا تسعين.

قال مالك: يلزمه البيع ولو شاء لتثبت، إلا أن تكون بينة حضرت عطاء فلان دون ذلك فيرد البيع إن شاء ذلك.

مالك في «العتبية»[٢]: ولا يمين عليه.

ابن رشد: وإذا قامت البينة وفاتت السلعة بما يفوت به البيع الفاسد، ففيها القيمة ما لم تزد على ما تبايعا عليه أو تنقص عما شهدت عليه البينة.

الثاني: عكس الزيادة في النجش سؤال المشتري لبعض أهل السوق الكف عن الزيادة

(١) «عارضة الأحوذي» (٥/ ٢٦٨). (٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ٣٨٥).

ليشتـري بدون القيمة، فإن سـأل أهل السوق أو الكثير منهم لم يجـز، وإن سأل الواحد، ففي «الموازية» عن مالك: لا بأس أن يقول المشـتري لرجل حاضر كف عني ولا تزد علي، فأما الأمر العام فلا، وكره أن يقـول: كف عني ولك نصفها ويدخله الدلسة، ولا ينبغي أن تجتمع الباعة فيقولوا: لا تزيدوا على كذا.

ونقل في «البيان»[١] عن ابن دحون، ووافقه عليه أنه لو قال: كف عني ولك دينار، جاز ولزمه اشترى أو لم يشتر.

قال: وإنما لم يجز قـوله: ولك نصفها في الرواية إذا كـان على طريق العطية، فكأنه أعطاه على أن يكف عنه ما لا يملك.

ولمالك في «العتبية»[٢] و«الواضحة»: في عبدين ثلاثة، قال أحدهم لآخر: إذا تقاومناه فلا تزد ليقـتدي بك صاحبنا والعـبد بيني وبينك، ففعل وثبت ذلك ببـينة أو إقرار أن البيع مردود.

قال ابن حبيب: ولم يأخذ به أصبغ ولم يره من النجش وبه أقول؛ لأن صاحبه لم يرد أن يقتدي بزيادته إنمـا أمسك عن الزيادة رأسًا ليرخصـه على نفسه وعلى صاحـبه فلا بأس بذلك.

ابن عـبد السـلام: الذي يظهر ببادئ الرأي قول أصـبغ، لكن هؤلاء الثلاثة لما جلسوا للمقاواة صاروا كجميع أهل السوق، وقد قدم عدم الجواز في أهل السوق.

وَمِنهُ: بَيعُ الحَاضِرِ للبَادِي، وفي «المُوَطَّأ»: مَحمَلُـهُ عَلَى أَهلِ العَمُودِ لِجَهلِهِم بالأَسعَارِ، وقِيلَ: بعُمُومِهِ؛ لِقولِهِ: ولا يَبِيعُ مَدَنِيٌّ لِمصرِيٍّ ولاَ مِصرِيٌّ لِمَدَنِي...

قد تقدم النهي، ومـا نسبه «للموطأ» تبع فـيه ابن شاس[٣]، وليس في «المـوطأ» مـا ذكراه، ولعلهمـا اعتمدا في ذلك على ذكـره الحديث وسكوته ففهمـا منه أنه أبقى الحديث على ظاهره ، والبادي ظاهر في أهل العمود.

وذكر صاحب «البيان»[٤] في كتاب السلطان، في أهل القرى ثلاثة أقوال:

(١) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٩٣).
(٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ٣٨٦).
(٣) «البيان والتحصيل» (٩/ ٣١٠).
(٤) «البيان والتحصيل» (٩/ ٣١٠).

أحــــدها: أن النهي إنما يتناول أهل العــمود خاصة دون أهل الـقرى المسكونة التي لا يفارقها أهلها، وهي رواية أبي موسى قرة بن طارق عن مالك.

الثاني: أنه يتناول أهل العمود والقرى دون أهل المدن.

الثالث: أنه يتناول أهل العمود والقرى وأهل المدن.

ابن عبد السلام: وكل من القولين الأخيرين لمالك في «العتبية» و«الموازية».

(وَقِيلَ: بِعُمُومِهِ) أي: بعموم النهي لأهل العمود والقرى، وهذا هو القول الثاني الذي حكاه ابن رشد.

وقوله: **(لِقَوْلِهِ)** أي: لقول مالك في «الموازية»: (ولاَ يَبيعُ مَدَنِيٌّ لِمِصرِيٍّ ولاَ مِصرِيٌّ لِمَدَنِيٍّ).

فَإِن وَقَعَ فَفِي الفَسخِ قَولانِ، قَالَ مَالِكٌ: لا يُشَارُ عَلَى البَادِي ولاَ يُخَيَّرُ بِالسِّعرِ

أي: فإن باع حــاضر لبادٍ فـفي فسخ البيع قـولان، والقولان لابن القــاسم، والفسخ مروي عن مالك وبه قال أصبغ، وبعدم الفسخ قال ابن وهب وابن عبد الحكم.

وروى عيسى عن ابن القاسم: يفسخ، فإن فات فلا شيء عليه.

وروى عنه هو وسـحنون أنه يؤدب الحاضـر البائع للبــادي، زاد عيسى عـنه: إذا كان معــتادًا، وقال ابن وهب: يزجـر ولا يؤدب وإن كان عالمًا بمكروهه، ولا يشــار عليه؛ أي: باليد ولا بالعين.

فرعان:

الأول: لو وجه البـدوي متاعًـا مع رسول إلى الحضـري ليبيـعه، فذكـر القزويني عن الأبهري جواز بيعه له.

وحكى الباجي[1] عن مالك وابن القاسم فسخ البيع في هذه الصورة، وهو الأظهر.

المازري: وهو المعروف من المذهب.

الثـــاني: أجاز مالك في «الموازية» و«العـتبية» الشراء لهم، وقال ابن حـبيب: الشراء كالبيع، وروي أيضًا عن مالك.

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٥٣١).

ومِنْهُ: البَـيعُ بَعدَ نداءِ الجُـمُـعَةِ المُوجبِ للسَّـعيِ علَى المُتبَايِعَينِ أَو أَحَـدِهِمَا، فَـإِن وَقَعَ فَالمَشهُورُ الفَسخُ، وثَالثُهَا فِي حَقِّ مَنِ اعتَادَ ذَلِكَ

النهي هو ما ورد في القرآن بصيغة الأمر بقوله تعالى: ﴿وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩]. وقيد النداء بالموجب للسعي احترازًا من النداء الأول، وسواء كان المتبايعان ممن تجب الجمعة عليهما أو على أحدهما.

والفسخ مذهب «المدونة» والمشهور، وعدم الفسخ لمالك في «المجموعة»، والثالث لعبد الملك.

ورجح الثـاني بأن المنع هنا من جهـة الزمان وحـده والعقـدة صحـيحـة في أركانـها وشروطها.

واختلف أيضًا فيمن أخر صلاة حتى لم يبق من وقتـها الضروري إلا مقدار ما يوقعها فيه فبـاع في ذلك الوقت، فقال القاضي إسمـاعيل: يفسخ بيعه، وهو اختـيار الشيخ أبي عمران؛ لوجود العلة في صلاة الجمعة هنا.

وقال ابن سحنون: لا يفسخ.

المـــازري: ويمكن أن يقال بعدم الفسخ هنا، بخلاف الجمعة فـإن الجماعة شرط فيها، فمن المصلحة منع كل ما أدى إلى افتراق جمـعهم والإخلال بشرط لا تصح الجمعة إلا به، بخلاف غيرها من الصلوات فإن الجماعة ليست شرطًا فيها.

وألزم القائل بـالإبطال أن يبطل بياعـات الغاصب؛ لأنها واقـعة في زمـان كان يجب عليهم فيه التشاغل برد الغصوبات.

وألحق الغرناطي بالبيع يوم الجمعة البيع وقت الفتنة، يريد في حق طلب منه الخروج. ابن رشد: ويحرم البيع في المكان المغصوب.

فَإِن فَاتَت فَالقِيمَة، وقِيلَ: الثَّمَنُ

القول بالقيمة لابن القاسم وأشهب، والقـول بالثمن للمغيرة، وعلله ابن عبدوس بأن فساده في عقده لا في ثمنه، كالنكاح يفسد من جهة عقده.

ويُقَوَّمُ وَقتَ البَيعِ بِتَقدِيرِ الحِلِّ، وقَالَ أَشهَبُ: بَعدَ الصَّلَاةِ

هذا فرع على القول بوجـوب القيمة، يعني: إذا ألزمناه القيمـة، فقال ابن القاسم في

«الواضحة»: تقوم وقت قبضها سائر البياعات الفاسدة، فإنها تقوم مضافة إلى زمان قبضها، وعبارة المصنف عنه بوقت البيع ليست بجيدة؛ لأنها أعم من وقت القبض.

وقال أشهب: الرجوع إلى القيمة إنما هو لتصحيح الفاسد، والفاسد في هذا البيع إنما هو من جهة زمانه، فلو أضفنا إليه القيمة لكان تصحيحًا للفاسد بالفاسد.

وفيه نظر؛ لأن هذا إنما هو من باب التقدير، كما تقوم أم الولد وجلد الأضحية والكلب، وإن قلنا إنه لا يجوز بيعهم.

ابن عبد السلام: وحكى بعض المعاصرين عن أصبغ وجوب القيمة يوم التحاكم، ولعله لم يصح عنه فإني لم أقف عليه في شيء من كتب الفقه.

وِمنهُ: تَلَقِّي السِّلَعِ، ورُوِيَ فِي حَدِّهِ ثَلاثَةٌ: الِميلُ، والفَرسَخَانِ، واليَومَانِ

قد تقدم النهي، واختلف العلماء هل النهي لحق الجالب وهو مذهب الشافعي، أو لحق أهل السوق وهو مذهب مالك.

واختار ابن العربي[1] أنه من حقهما.

وظاهر المذهب: أن المنع من ذلك على التحريم.

وقال ابن الجهم: كان النهي عن التلقي في أول الإسلام؛ لئلا ينفرد المتلقي بالرخص دون أهل السوق، وأما الآن فلا يقدم أحد إلا وهو على بصيرة بسعر ما يقدم به، فينبغي أن يكره ولا يحرم، والأقوال الثلاثة التي حكاها ظاهرة التصور.

وقال الباجي[2]: يمنع التلقي قرب أو بعد، وهو ظاهر الحديث، وأما الغلات التي يلحق أهل الأصول ضرر بتفريق بيعها كثمار الحوائط التي حول البلد، فاختلف هل يجوز لبعض أهل المدينة أن يخرج ليشتريها ثم يبيع هو لأهل المدينة؟ فروى ابن القاسم عن مالك: لا بأس بذلك، وقال في سماع أشهب: هو من التلقي، رواه عن مالك.

ولو ورد خبر السلعة فاشتراها شخص على الصفة، فقال مالك: هو من التلقي، وإن كان الأمر بالعكس فوصلت السلعة ولم يصل بائعها فتلقاه رجل فاشتراها منه، فقال الباجي: لم أر فيه نصا وهو عندي من التلقي.

---

(١) «عارضة الأحوذي» (٥/ ٢٢٨).

(٢) «المنتقى» (٦/ ٥٢٦).

ومن مرت بـه سلعة ومنزله بقـرب المصر المجلوب إليـه على نحو سـتة أميـال فله أن يشتـري ما يحتاج إليـه لنفسه لا للتـجارة، ولو كانت داره بالبلد نفـسها فمـرت به السلعة فقـولان، ولو لم يكن للسلعة سوق فـإذا دخل بيوت الحاضـرة والأزقة جاز شـراؤه، قاله مالك وأصحابه.

وإذا بلغت السلعة سوقها ثم انقلب بها، فلا بأس أن يشتريها من مرت به.

فَإن وَقَعَ، فَثَالِثُهَا: يَمضِي ولِطَالِبهَا الاشتِرَاكُ

أي: فإن وقع شراء التلقي، ففي المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: يمضي ولا يفسخ.

المازري: وهو المشهور، وهو قول مالك وغيره من الأصحاب.

الثاني لمحمد وابن حبيب: يفسخ.

المازري: وعلى عدم فسخه فروى ابن القاسم أنه لا ينتزع من يد المتلقي، وبه قال ابن القاسم.

وروى ابن وهب أنها تنزع من يده. انتهى.

ورواية ابن وهب هي القول الثالث في كلام المصنف.

ابن القاسم عن مالك: ويُنهَى، فإن عاد أُدِّبَ.

وفي «الإكـمال»[1]: المشهور عن مالك وأكثـر أصحابه أن تعرض على أهل السوق، فإن لم يكن سوق فأهل المصر يشترك فيها من شاء منهم.

بُيُوعُ الآجَال لَقَبٌ لمَا يُفسدُ بَعضَ صُورَه منهَا؛ لتَطَرُّقِ التُّـهمَةِ، فإنهما قَصَدَا إلَى ظَاهِرٍ جَائِزٍ ليتَوَصلاً به إلَى بَاطِلٍ مَمنُوعٍ حَسمًا للذَّرِيعَةِ...

لما انقضى كلامه على البـيوع التي نص الشرع على المنع منها عقبها ببـيوع يتوصل بها إلى الممنوع، منعها أهل المذهب وغيرهم وسميت ببيوع الآجالِ؛ لأنها لا تنفك عن الأجل.

وقـوله: **(لَقَـبٌ)**: أي: علم، ولعله عبر بالـلقب إشارة إلى الذم؛ لأن قوله: **(لِمَـا يُفسدُ)** فيه إشارة إلى ذلك.

---

(١) «الإكمال» (٥/ ١٤٠).

ثم هل كلٌّ من لفظة البيوع والآجال باق على دلالته، أو سلبت دلالة كل واحد وصار المجموع اسمًا لما ذكره فيه احتمال، والثاني أظهر.

و(ما) في: (**لِمَا يُفسِدُ**) يحتمل أن تكون موصولة أو موصوفة، وضمير: (**صُورَه**) عائد على (ما) لا على اللقب كما قال ابن راشد؛ لأن الفاسد بعض الملقب لا بعض اللقب، وقيل: الاسم للمسمى تكلف ويلزم عليه خلو الموصول من عائد.

وضمير: (**مِنهَا**) عائد على بيوع الآجال، ولا يقال: يلزم الدور لأنه عرف الشيء بنفسه؛ لأن المراد شرح اللفظ لا الحد والرسم.

و(**لِتَطَرُّقِ**) متعلق بـ(**يُفسِدُ**)، و(**حَسمًا**) مفعول لأجله عامله محذوف؛ أي: فمنعه الشارع لأجل حسم الذريعة.

والذريعة(١): بالذال المعجمة الوسيلة، وأصله عند العرب: لما تألفه الناقة الشاردة من الحيوان لتنضبط به، فنقلت إلى البيع الجائز للتحيل به على ما لا يجوز فهو من مجاز المشابهة.

وأورد ابن عبد السلام دخول ما ليس من بيوع الآجال، كبيع فضة رديئة من شخص يذهب ثم يشتري به منه فضة طيبة دون الأولى وزنًا في مجلس أو مجلسين متقاربين، وكاقتضاء طعام من ثمن طعام مخالف له وغير ذلك.

وعلى ما تقدم من أن المراد: شرح اللفظ لا يرد هذا، ولو سلم أن المراد: الرسم، ففي صدر كلامه ما يخرجها؛ لأنه قال: لقب لما يفسد، أي: لقب لصور مخصوصة من البيوع الأجلية يفسد بعضها للتهمة.

وتلك الصور المخصوصة مذكورة في الباب، وليست الصورتان وشبههما منها.

وأَجمَعَتِ الأُمَّةُ عَلَى المَنعِ مِن بَيعٍ وسَلَفٍ ولاَ مَعنَى سِوَاهُ

أتى بهذا حجة لسد الذرائع؛ يعني: أن كل واحد من البيع والسلف على انفراده جائز بإجماع الأمة، وأجمعت على المنع من اجتماعهما للذريعة، ولا سبب إلا التهمة على الزيادة في السلف.

والأصل: عدم غيره، ولا سيما وقد بحث على غير ذلك فلم يوجد، ولا يقال: لم

(١) «الصحاح» (٣/ ١٢٠٩).

لا يجوز أن يكون تعبداً لأنه خلاف الأصل، ولأن المتعقل أقرب إلى الانقياد فوجب الحمل عليه.

وإذا ثبت هذا فتمنع كل صورة فيها تهمة للإجماع على المنع لأجلها.

وقد يعترض هذا الدليل بأن حكاية الإجمـاع ليست بجيدة؛ لأنه إما أن يكون ذلك إذا لم يكن السلف بشرط، أو إذا كان فالأول لا يصح؛ لأن الشافعي يجيزه.

والثـاني المنع فيه عند الشافعي إنما هو لأجل الشـرط لا للتهمة، لكن الظاهر منع هذه البياعات؛ لأن إجازتها تستدعي الوقوع في المحرم البين كما هو مشاهد بالديار المصرية.

فَإِن كَانَ مِمَّا يَكثُرُ القَصدُ إِلَيهِ كَبَيعٍ وسَلَفٍ، أَو سَلَفٍ جَرَّ مَنفَعَةً مُنِعَ وِفاقًا

لما قرر المنع وكانت أسبابه مختلفـة بالقوة والضعف أخذ يبين ذلك، والقوي: ما يكثر القصد إليه.

وقـوله: (**فَـإِن كَـانَ**) أي: الباطل الممنوع، ومثل ما يكثـر القصد إليه ببيع وسلف، وسلف جر نفعًا.

وإنما كان مما يكثر القصـد إليه لما فيه من الزيادة، والنفوس مجبـولة على حبها فلذلك يتحيل عليها.

مـثال البـيع والسلف: أن يبيع سلعتين بدينار إلى شهر ثم يشـتري واحدة منهما بدينار نقدًا، وقاعدة مالك ـ رحمه الله ـ وأصحابه: عـدُّ ما خرج من اليد وعاد إليها لغوا، وكأن البائع خرج من يده سلعة ودينار نقدًا يأخذ عـنهما عند الأجل دينارين؛ أحدهما عوضٌ عن السلعة، وهو بيع، والثاني عوضٌ عن الدينار المنقود وهو سلف جر منفعة.

ومثال سلف جر منفعة ـــ المسألة التي هي أصل هذا الباب ـ : أن يبيع ثوبًا بعشرة إلى شهر، ثم يشتريه بثمانية نقدًا، فقد رجع إليه ثوبه وخرج من يده ثمانية يأخذ عنها عشرة.

وقوله: (**مُنِعَ**) أي: البيع الموصل إلى هذا الممنوع.

وأشار ابن راشد إلى أنه كان ينبغي أن يكتفـي ببيع وسلف؛ لأن ذكر سلف جر منفعة يغني عنه، لأن البيع والسلف إنما منع لأدائه إلى سلف جر منفعة.

وأجيب: بأنه وإن كان مؤديًا إليه إلا أنه تعليل بالمظنة فهو أضبط.

وإن كَانَ مِمَّا يَقِلُّ، كَدَفعِ الأكثَرِ مِمَّا فِيهِ الضَّمَانُ وأخذ أَقَلَّ منهُ إِلَى أَجَلٍ، فَقَولانِ...

(**إِلَى أَجَلٍ**) متعلق بـ(**دَفعِ**) أي: وإن كان الباطن الممنوع قليل الوقوع لقلة من يقصد إليه؛ لأن الغالب دفع الأقل لتحصيل الأكثر لا العكس، كما لو باع ثوبين بعشرة دراهم إلى شهر، ثم اشترى منه عند الأجل أو قبله ثوبًا منهما بالعشرة فآل أمره إلى أنه دفع له ثوبين ليضمن له أحدهما بثوب إلى أجل.

وظاهر المذهب من القولين: الجواز لبعده.

ابن بشير، وابن شاس[1]: والقولان مشهوران، ولا خلاف أن صريح ضمان بجعل ممنوع؛ لأن الشرع جعل الضمان والجاه والقرض لا يفعل إلا لله بغير عوض، فأخذ العوض عليه سحت.

وإِن كَانَ بَعِيدًا جِدًا، كَأَسلِفنِي وأُسلِفُكَ، فَالمَشهُورُ: جَوَازُهُ

(**وأُسلِفُكَ**) منصوب بعد الواو على معنى الجمع؛ أي: ليجتمع سلف منك وسلف مني، والشاذ لابن الماجشون، ومثاله: لو باعه ثوبًا بدينار إلى شهر ثم اشتراه بدينار نقدًا وبدينار إلى شهرين، والسلعة قد رجعت إلى صاحبها ودفع الآن دينارًا يأخذ بعد شهر دينارين إلى شهرين أحدهما عوض عما كان أعطاه، والثاني كأنه أسلفه على أن يعطي عند مضي شهر آخر.

واستبعد ابن عبد السلام أن يكون هذا أضعف مما قبله؛ لأن العادة طلب المكافأة على السلف بالسلف.

وأجيب: بأن المستبعد الدخول على أن يسلفه الآن ليسلفه بعد ذلك بشهر، إذ الناس يقصدون السلف عند الاضطرار.

ولَو اعتُبِرَ البَعِيدُ لَمُنِعَ بالمثلِ وبأَكثَرَ نقدًا، وبأَقَلَّ إِلَى أَبعَدَ إِذَا كانت السِّلعَةُ بِيَدِه مُتَمكنًا مِنَ الانتِفَاعِ، وقَدِ التَزَمَهُ بَعضُهُم...

يعني: أنه لا ينبغي أن يعتبر الباطن إذا كان بعيدًا إذ لو اعتبر للزم المنع في ثلاث صور، وهي جائزة اتفاقًا:

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٤١).

أولهـــا: أن يبيعه سلعة بثمن إلى أجل فتقـيم عند المشتري مدة يمكنه الانتفاع بها، ثم يشتريها بمثل ذلك الثمن نقدًا.

ثانيها: كذلك ويشتريها بأكثر نقدًا.

ثالثــهـا: كذلك ويشتريهـا بأقل إلى أبعد، كما لو باعها أولاً بعـشرة إلى شهر، ثم اشتراها بعد خمسة عشر يومًا بخمسة إلى شهرين.

ابن عبد السلام: وتبع المصنف في هذا ابن بشير.

وكلامه في هذا الفصل مختل، وإنما يصح المعنى الذي قصدوه في الصورة الثالثة؛ لأن البائع دفع عشرة يأخذ عنها خمسة بعد ذلك والانتفاع الذي حصل من السلعة، فيكون بيعًا وسلفًا، وإنما يجوز إذا رجع إليه المثل أو الأقل، فإن رجع إليه الأكثر فلا يجوز.

وأما الصـورتان الأوليان، فابن القـاسم وغيره يجيـزهما ولا مانع فـيهما مـحقق ولا متوهم.

وقال شيخنا: بل المعنى كما قال المصنف، وهو أن المنع يترتب على كل ما لو نطقا به ابتداء لمنع، والمنع فيهـما لأجل الضمان بجعل؛ لأنه إذا اشتراها بالمثل نقـدًا فقد جعل ذلك الانتفاع جعلاً على ضمانها في مدة الانتفاع والزيادة، وإذا تبين لك ذلك في المثل كان بيانه مع الزيادة أحرى؛ لكون الجعل حينئذ الانتفاع والزيادة.

فقول ابن عبد السلام: وكلام ابن بشير مختل، ليس بظاهر.

وقول المصنف: إذا قامت السلعة بيده، تنبيه على المعنى الموجب للتهمة.

وقوله: (**التَزَمَهُ بَعضُهُم**) عبر بالالتزام، وعبر ابن بشير بالإلزام، فقال: وألزم بعضهم على مراعاة التهم البعيدة أن يمنع.

وذكر الثلاث صور كما ذكرها المصنف.

ولم يعلل ابن بشـير المنع في الثـلاث بما علله به شـيخنا، بل علل بالبـيع والسلف، ويكون الثمن سلفًا والمنفعة مبيعة بالسلعة.

وبقي هنا شيء وهو: إن كـان المراد ببعضـهم غير ابن مـحرز فحـسن، لكن لم أقف عليه، وإن كان هو المراد كما قيل ففيه نظر؛ لأن ابن محرز إنما تكلم على الصورة الثالثة.

ويتبين لك ذلك بالوقوف على كلامه، فقال: إذا باع سلعة بمائة إلى شهر، ثم اشتراها

بمائة نقدًا أو إلى الأجل، أو أبعد منه فذلك جـائز؛ لأنه لا تهمة في ذلك من وجه، إلا أنه إذا اشتراها بمثل الثمن أو أقل منـه إلى أبعد من الأجل فقد قامت عند مشتـريها ينتفع بها، فكان القيـاس ألا يجوز ذلك؛ لأنه إن اشـتراها بمثل الثمن إلى أبـعد من الأجل كان بيـعًا وسلفًا، فـإن قدر ما يرجع إلى المشـتري سلفًا وما زاد على ذلك ثـمنًا للإجارة فيمـا انتفع بالسلعة فصار بيعًا وسلفًا.

وكذلك إن اشتراها بأقل من الثمن إلى أبعد من الأجل؛ لأنه يكون إجارة وسلفًا، ولـم أر أحدًا يذهب إلى هذا، وإنما يعـتبرون بصورة الحال عـند العقد الثاني، فإذا لـم تكن فيه تهمة أجازوه.

فعلى هذه الطريقة لا يعتبرون ما تقدم من انتفاعه بالسلعة قبل العقدة الثانية، إلا أن أبا الفرج ذكر فـي كتابه عن ابن الماجشـون أنه قال: لا يجوز أن يبيع الرجل سلعـة بثمن إلى أجل ثم يشتريها بذلك الثمن إلى أبعد من الأجل.

ابن محرز: ولا أعلم له وجهًا إلا ما ذكرته من الانتفاع بالسلعة.

المازري: ولـم أقف على ما نقله ابن محرز في «الحاوي».

قال: وإنما حـكى أبو الفرج عن عـبد الملك أنه يمتنع أن يبـيع الرجل سلعة بثـمن إلى أجل، ثم يشتريها وسلعة أخرى بذلك الثمن أو بأكثر منه إلى أبعد من ذلك الأجل.

خليل: وستأتي هذه المسألة في كلام المصنف في آخر الباب.

فَمَن بَـاعَ سلعَةً تُعـرَفُ بعَينِهَـا إِلَى أَجَلٍ ثُمَّ اشتَـرَاهَا، فَاعـتَبـر مَا خَرَجَ ومَـا رَجَعَ وأَلغِ الوَسَطَ، فَإِن جَازَ وإِلا بَطَلَ...

هذا هو القانون لهذا الباب، واحترز بقوله: (**تُعرَفُ بعَينِهَا**) من المكيل والموزون، فإن له حكمًا يخصه سيأتي.

وقـوله: (**إِلَـى أَجَـلٍ**) أي: بثمن إلى أجل، فاعتبر مـا خرج من اليد؛ أي: السابقة بالعطاء، سواء كانت يد البائع أو المشتري، وما عاد إليها ثانيًا.

(**وأَلـغِ الوَسَـطَ**) وهي السلعة المبيعة، فإن جـاز بأن كان الراجع مثل ما خرج منها أو أقل، وحذف جواب الشرط؛ أي: جاز البيع ـ وسيظهر لك ذلك ـ وإلا بطل؛ أي: وإن لم يكن ما رجع مثل الخارج أو أقل بطل، وقد تقدم.

فَـإِن كَانَتِ الأُولَى نَقـدًا لَم يُتَّـهَم عَلَى المَشهُـورِ إِلا أَهلُ العِـينَةِ فِـيهِمَا، وقِـيلَ: أَو فِي أَحَدِهِمَا...

أي: فإن كانت البيعة الأولى نقدًا.

ومفهـوم كلامه: أن الثانية إلى أجل، فالمشهور وهو مذهب ابن القاسم وأشهب: أنه لا يتـهم في ذلك إلا أهل العـينة، والشاذ: أنه يتـهم في ذلك كل واحـد، وهو لمالك في «الموازية».

ابن عبد السلام: وأما إذا كانتا معًا نقدًا فلا يتهم إلا أهل العينة باتفاق.

وقوله: (**فِيهِمَا، وقِيلَ: أَو فِي أَحَدِهِمَا**) أي: في المتبايعين؛ يعني: إذا لم يتهم إلا أهل العينة فلابد أن يكون المتبايعان من أهلها.

وقيل: يكتفي بأحدهما وهو لمحمد، ووجهه: أنه قد يحمل صاحبه عليها.

اللخمي: يريد إلا أن يكون الآخر من أهل الدين والفضل، فلا يحمل على أنه عامله عليها.

فَإِن كَـانَ الثَّمَنَانِ عَينًا عَلَى صِـفَةٍ وَاحِدَةٍ فَـقَد يَكُونُ الثَّانِي نَقـدًا مُسَاوِيًا، وَأَقَلَّ، وأَكـثَرَ فَهَـذِه ثَلاثٌ، وقَد يَكُونُ إِلَى أَجَلٍ فِي الثَّلاَثِ، ثُمَّ الأَجَلُ مُـسَاوٍ، وأَقَلُّ، وأَكثَـرُ صَارَتِ اثنَتَي عَشرَةَ صُورَةً، فَإِن تَعجَّلَ مِنهَا الأَقَلَّ امتَنَعَ، وهِيَ ثَلاثٌ.

قوله: (**عَلَى صِفَةٍ وَاحِدَةٍ**) أي: سكة واحدة ونوع واحد.

وقوله: (**فَقَد يَكُونُ الثَّانِي نقدًا**) أي: مع أن البيعة الأولى إلى أجل.

وحاصله: أن للشراء أربعة أحوال؛ إما نقدًا، أو إلى أجل دون الأجل، أو إلى الأجل نفسه، أو إلى أبعد منه.

ثم كل من هذه الأربعة: إما بمثل الثمن، أو أقل، أو أكثر، صارت اثنتي عشرة صورة يمنع منها ثلاث، أشار إليـها بقوله: يمتنع منها ما تعجل فـيه الأقل، وهي: بأقل منه نقدًا، وبأقل إلى دون الأجل، وبأكثر إلى أبعد من الأجل.

وتجوز التـسع البواقي، وضابطهـا: أن تقول: إن تساوى الأجلان فـاحكم بالجواز ولا تبالي باختلاف الثمنين.

وإن تساوى الثمنان فاحكم بالجواز ولا تبالي باختلاف الأجلين، وإن اختلفا فانظر لليد السابقة بالعطاء، فإن رجع إليها مثل ما خرج منها أو أقل جاز، وإن رجع إليها أكثر امتنع.

بيانه: أنه باعه بعشرة إلى شهر، ثم اشتراها بثمانية نقداً أو إلى أجل نصف شهر، فقد رجعت إليه سلعته وخرج منها ثمانية يأخذ عنها بعد ذلك عشرة.

وكذلك إذا اشتريت باثني عشر إلى شهرين يعطي المشتري بعد شهر عشرة يأخذ بعد ذلك اثني عشر، وعاد المشتري في هذه الثالثة مسلفاً.

وَيُشكِلُ مِنهَا بِأَكثَرَ إِلَى أَبعَدَ

أي: يشكل من الثلاث الممنوعة الصورة الأخيرة، وهي: (**بِأَكثَرَ إِلَى أَبعَدَ**).

ابن عبد السلام: ولا إشكال فيها، لا باعتبار نقلها فإنها منقولة في «المدونة» وغيرها، ولا باعتبار وجهها، ووجهها بما تقدم.

وأجاب شيخنا ـ رحمه الله ـ بأن قال: بل وجه المنع فيها ضعيف؛ لأنه تقدم أن ظاهر المذهب الجواز فيما يبعد القصد إليه، وهذه أيضاً كذلك يبعد أن يدخل البائع مع المشتري على أن يسلفه المشتري عشرة بعد شهر ليأخذ عنها اثنى عشر مثلاً، لأن الغالب في أحوال الناس احتياجهم إلى السلف ناجزاً، والتحيل إنما يكون على ما يحتاج إليه غالبًا لا نادراً.

وَلَوِ اشتَرَى بِأَقَلَّ إِلَى أَجَلِهِ، أَو أَبعَدَ ثُمَّ رَضِيَ بِالتَّعجِيلِ، فَقَولانِ لِلمُتَأَخِّرِينَ

يعني: لو وقع البيع على وجه جائز، كما لو باعه سلعة بعشرة إلى شهر، ثم اشتراها بثمانية إلى شهر أو إلى أبعد منه، ثم رضي البائع والمشتري بتعجيل الثمانية، فهل يجوز ذلك لأن البيع قد انعقد أولاً جائزاً، ولا سيما حيث يكون الثمن عينًا، فإن الأجل من حق من عليه الدين فلا تهمة أو يمتنع ذلك لاتهامهما، والقولان للمتأخرين.

وكذلك الخلاف إذا اشترى بأكثر إلى أجله ثم تراضيا بالتأخير. انتهى.

وينبغي أن ينظر هنا إلى قرب الزمان فتقوى التهمة، وإن طال طولاً يخرجان به عن التهمة فيجوز، وهكذا قال: ينبغي في العكس إذا اشتراها بأكثر فلا يقبض إلا بعد الأجل.

فَلَو أَفَاتَ البَائِعُ السِّلعَةَ بِمَا يُوجِبُ القِيمَةَ فَكَانَت أَقَلَّ، فَقَولانِ

مثاله: لو باعه شاة بعشرة إلى شهر، ثم تعدى عليها فذبحها مثلاً فكانت القيمة ثمانية، فلا خلاف في تمكين المشتري من القيمة لينتفع بها، ثم هل يدفع للبائع عند الأجل

العشرة لبعد التهمة، وهو قوله في «المجموعة»، أو إنما يدفع مثل ما أخذ منه فقط وهي ثمانية، إذ يتهمان على السلف بزيادة، وهو قول ابن القاسم في «العتبية»[1].

وظاهر كلامه: أن القولين في تمكين المشتري من قبض تلك القيمة وليس كذلك، بل لا خلاف في ذلك، وإنما الخلاف كما ذكرنا.

فَإِنَّ التُّهمَةَ فِيهَا أَبعَدُ لَو كَانَتِ الأُولَى نَقدًا، وفُرِّقَ بقُوَّةِ تُهمَةِ دَينٍ فِي دَينٍ

اختلف في تأويل هذا المحل، فقيل: هو إشارة منه إلى توجيه الشاذ الذي يتهم فيه أهل العينة وغيرهم فيما إذا كانت البيعة الأولى نقدًا، وكأنه يقول: التهمة على التحيل بإفاتة السلعة لتجب القيمة أبعد مما إذا كانت الأولى نقدًا والثانية إلى أجل؛ لأنهما وإن اشتركا في سلف بزيادة، إلا أن صورة الإتلاف يبعد القصد إليها؛ لأنه قد لا يحصل الغرض باختلاف الأسواق.

ثم أجاب: بأن المنع قوي في مسألة الفوات بأنه دين بدين؛ لأن البائع لما أفات السلعة وجبت عليه القيمة للمشتري وله في ذمة المشتري دين.

وقيل: إن ضمير (**فِيها**) عائد على الصورة التي استشكلها في قوله: (ويشكل منها بأكثر إلى أبعد) وأن هذا توجيه لذلك الإشكال؛ أي: أن التهمة فيما يباع بعشرة إلى شهر ثم يشتريه بعشرين إلى شهرين أبعد مما لو كانت البيعة الأولى نقدًا، كما لو باع بخمسة نقدًا ثم يشتريه بعشرة إلى شهر، فإن المشتري مسلف في الصورتين؛ لأن السلف في هذه حاصل ناجز، أو هو مقصود غالبًا، بخلاف الأولى فإن السلف فيها إنما يحصل بعد شهر، وهو مما يبعد القصد إليه.

وإذا جاز في صورة النقد على المشهور مع قرب التهمة كان المنع المتفق عليه في صورة التأجيل مشكلاً لأنها أبعد، ثم فرق بأن صورة التأجيل في البيعتين ينضم فيها إلى السلف بالزيادة مانع آخر وهو تهمة دين بدين، وليس هو موجودًا إذا كانت الأولى نقدًا.

ويؤيد هذا الوجه وقوع هذا الكلام، أي: (**فَإِنَّ التُّهمَةَ**...) إلخ، في بعض النسخ بعد قوله: (ويشكل منها بأكثر إلى أبعد).

وقال ابن راشد وغيره غير هذين الوجهين، ولم أر من ذكر ذلك، والثاني أقرب،

---

(١) «البيان والتحصيل» (٩/ ٣١٨).

والأول هو الذي يؤخذ من كلام ابن عبد السلام، لكن على كـلامه اعتراض؛ لأنه قال بعد أن قال: هذا توجيه منه للقول الشاذ في مسألة النقد كما تقدم، وكأن المصنف يقول: التهمة في مسألة الإفاتة أقوى منها في مسألة النقد.

هكذا رأيته في نسخ وبعضها صحـيح، وصوابه أن يقول عوض «أقوى»، «أضعف». والله أعلم.

ولِذَلِكَ فَسَدَ فِي تَسَاوِي الأَجَلَيْنِ إِذَا اشتَرَطَا عَـدَمَ المُقَاصَّةِ، وصَحَّ فِي أكثَرَ إِلَى أبعَدَ إِذَا اشتَرَطَا المُقَاصَّةَ...

أي: ولأجل أن التهمة دائرة مع الدين بالدين منع ما أصله الجواز، وهو ما إذا تساوى الأجلان وشرطا عدم المقاصة لما فيه من عمارة الذمتين، وأجيز لذلك ما أصله المنع، وهو ما إذا اشتريت بأكثر إلى أبعد وشرطا المقاصة للسلامة من دفع قليل في كثير، لا يقال المنع في الأولى إنما نشأ من الشرط، بخلاف مـا تقدم فإنما فيه التهمة فـقط، لأنا نقول: المتهم عليه في هذا الباب كالمدخول عليه.

فَإِنِ اختَلَفَا فِي الجَودَةِ والرَّدَاءَةِ، أَو فِي ذَهَبٍ وفِضَّةٍ امتنعَ؛ لأَنَّهُ صَرفٌ مُستَأخَرٌ

هذا قسيم قوله: (على صفة واحدة) ونوعه إلى قسمين:

أحدهما: الاختلاف في الجودة والرداءة مع اتحاد النوع، كمحمدية ويزيدية.

والثـاني: الاختلاف بالنوع، كذهب وفضة، لما يؤدي إليه في الأول إن سلما من دفع قليل في كثيـر من ربا النساء وربا الفضل، والنساء إن لم يسلمـا، ولما يؤدي إليه في الثاني من صرف مستأخر.

واكتفى بذكر علة الثاني لوجهين:

أحدهما: لأنه تفهم منه علة الأول؛ ولأن ما ذكره من التفريع إنما هو في الصرف.

ووجد في بعض النسخ: لأنه صرف أو بدل مستأخر، فذكر العلتين.

وفي بعض النسخ مـا نصه: فإن اخـتلفا في الجودة والـرداءة فأربع وعشـرون صورة. فالجودة والرداءة كـالقلة والكثرة، فإن عجل منها الأقل والأدنى امـتنع، إلا أن المشهور المنع إن تساويا قدرًا وأجلاً وهو مشكل، أو في ذهب وفضة امـتنع؛ لأنه صرف مستأخر. انتهى نص هذه النسخة.

أي: لأنه قد يكون الجيد من عند البـائع والرديء من عند المشتري وعكسه، وفي كل اثنتي عشرة صـورة وجه الإشكال الذي ذكره: أن الغالب في التحيل إنما هو حـينما تحصل المنفعة ولا منفعة مع التساوي.

خليل: وهذه النسخة أولى لاقتضاء الأولى المنع فيـما إذا باعه عشرة يزيدية إلى شهر ثم اشتراه بعشرة محمدية نقدًا.

والنسخـة الأولى هي التي وقعت في كلام ابـن عبد السلام وقـررها على ظاهرها من المنع في المثال المفـروض وليس بظاهر؛ لأن في «الجواهر»[(١)] مقتـضى المعروف من المذهب الجـواز في المثـال المذكـور بخـلاف عكسـه، وهـو الذي ذكـره ابن يونس وعـزاه لبـعض الأصحاب.

وقال: إنه بين، وهو مذهب ابن القاسم وعبد الملك في «المجموعة»، قالا: وإن باعها بعشرة هاشـمية إلى شهر ثم اشتـراها بعشرة عتق نقدًا أو إلى أجل فـجائز، ولا يجوز إلى أبعد من الأجل؛ لأن الهاشمية أدنى من العتق.

ابن القـاسم: وإن كانت الهاشمية أكثر عددًا، فإن كانت بزيادتها مثل العتق المؤخرة أو أكثر فلا بأس به، وإن لم تكن مثلها فلا خير فيه، قالا: وإن باعها بمائة عتق تنقص خروبة إلى شهر، ثم اشتراها بمائة هاشمية وازنة.

ابن يونس: يريد نقدًا، فإن كان في زيادة وزنها ما يحمل جودة العتق فأكثر جاز، وإلا لم يجز.

إِلا أَن يَكُونَ الْمُعَجَّل أَكثَرَ مِن قِيمَةِ الْمُتَأَخِّرِ جِدًا، وقِيلَ: ومِثْلُهُ

هذا اسـتثناء من المنع؛ أي: أنه إذا كـان الثمن الثـاني أكثـر جدًا مما باع بـه أولا جاز لخروج ذلك عن المعهود من أحوال المتهمين.

وما صـدر به المصنف هو مذهب «المدونة»، قـال فيهـا: وإن بعته بثـلاثين درهمًا إلى شهر يعني: الثوب فلا تبتعه بدينار نقدًا فيصـير صرفًا مؤخرًا، ولو ابتعته بعشرين دينارًا جاز لبعدهما من التهمة، قال: وإن بعته بأربعين درهمًا إلى شهر جاز أن تبتاعه بثلاثة دنانير نقدًا لبيان فضلها، ولا يعجبني بدينارين وإن ساوياها في الصرف.

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٤٤).

ومنع أشهب مطلقًا مبالغة في الاحتياط للصرف، ولأنه قد يكون لدافع الدنانير في الدراهم أو العكس غرض.

اللخمي: وتجوز بالمساوي على قول ابن القاسم وعبد الملك في «المجموعة»، وكذلك قال في «الجواهر»[1]، واستقرأ اللخمي قولاً ثالثا أنه يجوز بالمساوي، وهو أحسن.

ومراده: التساوي في القيمة؛ لأنه يخسر الصبر ولا يعود إلى يده أكثر مما خرج منها، وإلى هذا أشار بقوله: **(وقِيلَ: ومِثْلُهُ)** ففيه مسامحة.

خليل: والظاهر أن الاستثناء عائد على مختلف النوع فقط، كما ذكرنا لقوله: **(من قيمة المتأخر)** إذ لا يقال ذلك في متفق النوع، لكن يبقى فيه نظر، وهو أنه يبقى مختلف الصفة باق على إطلاق المنع، فلا يجوز إن كان المعجل أكثر من قدر المتأخر وليس كذلك، بل يجوز ذلك ويجوز إذا كان قدره وكان المتأخر أردأ، كما نص عليه ابن القاسم في الهاشمية والعتق، كما تقدم.

والمَشْهُورُ: المَنعُ إِذَا تَسَاوَيَا قَدراً وأَجَلاً؛ لأَنَّهُ دَينٌ بدَينٍ

ابن عبد السلام: يعني كما لو باعه ثوبًا بعشرين درهمًا إلى شهر ثم اشتراه بدينار إلى ذلك الشهر.

قال المصنف: لأنه دين بدين، ولا شك أن ذلك مقتض للمنع، وأكثر ما يعللون به هنا الصرف المؤخر؛ لأنه أضيق.

ثم قال: واستعمل المصنف في هذا الموضع التساوي في القدر في مختلفي الجنس، ومراده: التساوي في القيمة؛ لأن أحد الثمنين ذهب والآخر فضة.

وحمله ابن راشد وغيره على ما إذا اتفق النوع واختلفت الصفة كمحمدية ويزيدية، وهو ظاهر قوله: **(تَسَاوَيَا قَدراً وأَجَلاً)** وذكر أن المشهور المنع لأنه مذهب «المدونة»[2]، قال فيها: وإن بعت ثوبًا بمائة درهم محمدية إلى شهر فلا تبتعه بمائة يزيدية إلى ذلك الشهر لرجوع ثوبك إليك، وكأنك بعت يزيدية بمحمدية إلى أجل.

ابن يونس[3] **وغيره**: ولا فرق بين أن تتقدم اليزيدية أو المحمدية؛ لأنه بيع يزيدية

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٤٤).

(٢) «المدونة» (٣/ ١٦٠).

(٣) «الجامع» (٨ / ٢٧٦).

بمحمدية، أو محمدية بيزيدية إلى أجل، ونقله ابن محرز عن أكثر مذاكريه.

ونقل عن بعضهم: إن كانت البيعة الأولى باليزيدية والثانية بالمحمدية ما لم يكن في ذلك تهمة جاز.

ابن محرز: وهو مذهب ابن القاسم وعبد الملك؛ لأنهما قالا: لو كان الثمن الأول هاشمية ثم اشتراها بمائة عتق إلى الأجل أو أقرب منه كان جائزًا.

ولابن القاسم في «المجموعة»: إذا باع بمائة قائمة إلى شهر ثم ابتاع بمائة مجموعة نقدًا لم يجز، وأما إلى الأجل أو أبعد فجائز لنفي التهمة، وهو الشاذ الذي حكاه المصنف.

فَإِن كَانَ الثَّمَنَان طَعَامًا نوعًا وَاحِدًا عَلَى صِفَةٍ واحدة فَاثنتَا عَشَرَةَ صُورَةً كَالعَينِ، إلا أَنَّهُ اختُلِفَ إِذَا تَعَجَّلَ مِنها الأَكثَر، بِنَاءً عَلَى قُربِ ضَمَانٍ بجُعلٍ أَو بَعدِهُ...

لا إشكال في تصور الاثنتى عشرة صورة كالعين، إلا أنه اختلف هنا في صورتين هما جائزتان في العين اتفاقًا؛ إذا استردها بأكثر مقدار نقدًا، أو بأقل منه إلى أبعد من الأجل. وسببهما كما قال المصنف: هل الضمان بجعل يقصد غالبًا أم لا؟

واعترضه بعض من تكلم على هذا الموضع بأنه قدم أن الضمان بجعل بعيد لأنه مما يقل القصد إليه على القولين، فكيف بجعله هنا قريبًا.

فَإِنِ اختَلَفَا فِي الجَودَةِ والرَّدَاءَةِ أَو كَانَا نَوعَينِ فَكَمَا تَقَدَّمَ

الجودة والرداءة كالسمراء والمحمولة، والنوع كالقمح والفول، فكما تقدم؛ أي: في العين.

فَإِن كَانَ الثَّمَنَانِ عَرضًا نوعًا وَاحِدًا فَكَالطَّعَامِ

إنما شبهها بالطعام لا بالعين لمشاركة العرض للطعام في الصورتين المختلف فيهما، لدخول الضمان بجعل فيهما ولا ضمان في العين على ما علم في غير هذا الموضع.

فَإِن كَانَا نَوعَينِ جَازَتِ الصُّوَرُ كُلُّهَا، إِذ لا رِبَا فِي العُرُوضِ

كما إذا باع شاة بثوب إلى أجل ثم اشتراها بفرس أو غيره مما هو مخالف للثوب. ومراده بالصور كلها: صور النقد الثلاثة.

وأما صور الأجل التسع فممنوعة لأنه دين بدين.

وكان المصنف أطلق في قوله: (لا رِبَا فِي العُرُوضِ) ومراده: نفي ربا التفاضل لوضوحه، إذ لا يخفى على من له أدنى مشاركة أن ربا النساء يدخل في العروض، وهكذا كان شيخنا رحمه الله يقول.

فَإِن كَانَتِ السِّلْعَةُ طَعَامًا أَو مِمَّا يُكَالُ أَو يُوزَنُ لا مِثْلُهَا صِفَةً ومِقدَارًا كَعَينِهَا

يعني: فإن باع طعامًا أو غيره مما لا يعرف بعينه بثمن إلى أجل ثم اشترى مثل ذلك المبيع في صفته ومقداره، فإن ذلك المثل يكون كما لو اشترى منه عين مبيعة نسيئة، فيمتنع هنا ما امتنع فيها؛ لأن ما لا يعرف بعينه يقوم المثل فيه مقام مثله في أكثر المسائل.

ويُمتَنَعُ بِأَقَلَّ إِلَى الأَجَلِ

كما إذا باع إردبا بدينارين إلى شهر ثم اشترى مثله بدينار إلى ذلك الشهر.

وأطلق في المنع، وهو مقيد بغيبة المشتري عليها؛ لأنهم يعدون الغيبة عليها سلفًا، فكأن البائع أسلف المشتري إردبا على أن يعطيه دينارًا بعد شهر ويقاصه بدينار عند الأجل فآل إلى سلف جر منفعة.

وهذه المسألة مخصصة لعموم التشبيه في قوله: فمثلها صفة ومقدارًا كعينها؛ لأن ما يعرف بعينه تنتفي فيه علة المنع؛ وهي السلف بزيادة، لا يقال: إذا غاب على ما يعرف بعينه فقد انتفع به، والسلف لا يتعين فيه رد المثل، بل يجوز فيه رد العين والمثل فلم لا تعدوه سلفًا، لأنا نقول: لما رجعت العين فكأنهما اشترطا ذلك فخرجا عن حقيقة السلف، وفيه نظر.

فإن قيل: يفهم من قوله: (**ويُمتَنَعُ بِأَقَلَّ إِلَى الأَجَلِ**) أنه يجوز بأقل إلى أبعد من الأجل، والمنقول فيها المنع.

ذكره صاحب «المقدمات»[(١)] وعلله بسلف بزيادة.

فالجواب: لا يفهم ذلك منه، بل يفهم منهم المنع مع التأمل للمساواة في العلة، وهي السلف بزيادة، وعلى هذا فالممتنع من الاثنتي عشرة مما لا يعرف بعينه خمس: فثلاث لقوله أولاً: فمثلها صفة ومقدارًا كعينها.

ورابعة لقوله: ويمتنع بأقل إلى الأجل، وخامسة: وهي بأقل إلى أبعد لمساواتها لهذه،

---

(١) «المقدمات» (٢/ ٤٩).

ويمتنع على قول ابن الماجشون.

سادسة: وهي بمثل الثمن إلى أبعد، بناءً على اعتبار أسلفني وأسلفك.

فَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الْمِقْدَارِ وَكَانَ الرَّاجِعُ أَقَلَّ، فَكَسِلعَتَيْنِ ثُمَّ اشْتُرِيَت إِحدَاهُمَا

وإن اختلفا ـ أي: المبيعان ـ مما لا يعرف بعينه في المقدار فاسترد أقل، فكسلعتين بعتهما ثم اشتريت إحداهما. والتشبيه يعم التصور والحكم.

فأما التصور: فمتوجه من حيث الجملة، فلا خفاء في تصور الاثنتي عشرة صورة، من حيث التفصيل تتضاعف صور المشبه، وهو ما لا يعرف بعينه باعتبار الغيبة وعدمها، فيتصور اثنتا عشرة صورة مع الغيبة واثنتا عشرة مع عدمها دون المشبه به، إذ لم يفرقوا فيما يعرف بعينه بيّن الغيبة وعدمها، فليس فيه إلا اثنتا عشرة.

وأما التشبيه في الحكم: فيصح مع عدم الغيبة؛ لتساويهما في الممتنع والجائز.

فالممتنع خمس وهي: أن يشتري الأقل بالأقل من الثمن نقدًا، أو إلى أجل دون الأجل، أو يشتريه إلى أبعد بمثل الثمن ،أو أقل، أو أكثر.

والجائز: ما بقي، ولا يصح مع الغيبة لزيادة الصور الممتنعة، فتزيد مع الخمس صورة أخرى وهي: أن يشتريه بأقل من الثمن إلى مثل الأجل، مثل: أن يبيع إردبين بعشرة إلى شهر ثم يشتريه إردبا بالخمسة إلى الأجل، فقد أسلف البائع إردبًا رجع إليه وخرج من يده إردب وله خمسة يقاص المشتري بها عند الأجل، ويخرج من يد المشتري خمسة مقابلة الإردب، وهي جائزة مع عدم الغيبة.

واختلف في سابعة، وهي: أن يبتاع منه بمثل الثمن أقل من الطعام مقاصة، فإن قول مالك اختلف فيها واضطرب فيها أيضًا المتأخرون، فقد تبين أن تشبيه المصنف لا يصح على إطلاقه.

ويقع في بعض النسخ عقب قوله: (فِي الْمِقْدَارِ) ما نصه: (فاجعل الزيادة والنقص في المردود مثلهما في الثمن، ولكن على العكس) أي: اجعل الثمنين هنا متساويين لا يتغيران، والتغيير في المثمونين والأجل أيضًا كما كانت السلعة في الصورة المتقدمة لا تتغير، وإنما كان يتغير الثمن والأجل.

وانظر هذا أيضًا إن رجع إلى اليد السابقة بدفع الثمن أقل أو مساو جاز، وإن رجع

إليها أكثر امتنع، وهو الذي أشار إليه بقوله: (على العكس).

لكن في كلامه على هذا قصور؛ لأن الاثنتي عشرة صورة إنما تتصور مع اختلاف الأجل أيضًا، والله أعلم.

فَإِن كَانَ أَكثَرَ فكَسلعَةٍ، ثُمَّ اشترِيَت مَعَ أُخرَى وسيَأتِيَانِ

أي: فإن كان الراجع في المسألة بحالها أكثر مما خرج، فهو في التصور والحكم كمن باع سلعة بثمن إلى أجل ثم اشتراها مع سلعة أخرى، وستأتي.

إلا أن صور المشبه تبلغ أربعًا وعشرين صورة باعتبار الغيبة وعدمها، كما قلنا في التي قبلها، بخلاف صور المشبه به فإنها اثنتا عشرة، إذ لا فرق بين الغيبة وعدمها فيما يعرف بعينه.

فالممتنع من المشبه به سبع، وهي: بمثل الثمن نقدًا، أو إلى أجل أقل، أو بأقل منه نقدًا، أو إلى أجل قبل الأجل، والعلة في الأربع: أو بأكثر من الثمن نقدًا، أو إلى أجل قبل الأجل، أو بعده، والعلة في الثلاث: بيع وسلف، وتبقى خمس جائزة.

وأما مع الغيبة فيما لا يعرف بعينه فالجميع ممتنع، إما لسلف جر منفعة إن اشترى بالمثل أو أقل، وإما بيع وسلف إن اشترى بأكثر.

فتبين أن ما ذكره من التشبيه ليس على إطلاقه.

فَإِن اختلَفَا فِي الجودَةِ والرَّدَاءَةِ، فَهُمَا كَالزِّيَادَةِ والنَّقصِ

يعني: فإن كان ما اشتراه ثانيًا أجود مما باع أولاً، فحكمه حكم ما إذا اشترى ما باعه مع زيادة، وإذا اشترى أردأ فحكمه حكم ما إذا اشترى أقل مقدارًا؛ لأن الجودة زيادة والرداءة نقص.

فَإِن كَانَ غَيرَ صِنفِهِ كَالشَّعِيرِ، أَو السلتِ مَعَ القَمحِ، أَوِ المَحمُولَةِ مَعَ السَّمرَاءِ، فَحَكَى عَبدُ الحَقِّ جوَازَهُ...

أي: فإن كان الطعام الثاني من جنس الأول لا من صنفه كالقمح مع الشعير، أو السلت أو المحمولة مع السمراء، فهل يكونان كسلعتين، كما لو باع منه ثوبًا إلى أجل ثم اشترى منه فرسًا، هكذا حكى عبد الحق في «النكت»[1] عن بعض شيوخه القرويين.

(١) «النكت والفروق» (٢/ ٤٣).

ورأى ابن يـونس(١) أنه بالخيار على مـذهب ابن القاسم، وأن المنع يأتي على مذهب سحنون ومحمد في العرض المردود مثله، وسيأتي.

وكأن المصنف نسب المسألة لعبد الحق تبريًا، إذ المعروف من المذهب أن القمح والشعير جنس واحد فكان ينبغي المنع.

ولعل ما ذكره عبد الحق جار على أحـد القولين في تأويل مسألة السلم الثاني، وهي: ما إذا أسلم في حنطة سلمًا فاسدًا وفسخ العقد بينهما ووجب للمسلم أخذ رأس ماله.

قـال في «المدونة»(٢): فيجوز له أخذ ما شاء عن رأس ماله سوى الصنف الذي أسلم فيه، أي: لأنه إذا أخذ الصنف الذي أسلم فيه فقد تم العقد الفاسد.

فذهب فضل، وابن أبي زمنين: إلى أنه يجوز أخذ المحـمولة إن كان أسلم في سمراء وبالعكس، وهكذا قال غيرهما، وهو في «الموازية» و«الواضحة» أيضًا.

ومنعه ابن محرز، والأبياني، وقالا: لا يجوز أخذ السمراء عن المحمولة، ولا الشعير عن القمح، فما قاله عبد الحق جار على التأويل الأول.

وَيُعْتَبَرُ فِي الطَّعَامِ مُطلقًا أَنَّ مَن بَاعَ طَعَامًا إِلَى أَجَلٍ لَم يَجُز أَن يَشتَرِيَ بِذَلِكَ الثَّمَنِ ولاَ بِبَعضِه طَعَامًا، وإِن خَالَفَهُ قَبلَ الأَجَلِ، ولاَ بَعدَهُ إِلا أَنْ يَكُونَ كَيلُهُ وصِفَتُهُ؛ إِن مَحمُولَةً فَمَحمُولَةٌ، وإِن سَمرَاءَ فَسَمرَاءُ...

هذه المسألة نافعة للناظر في مـذهب مالك؛ لدخول أشياء كثيرة تحتها، وهي ليست من بياعـات الآجال، وإنما أتى بها ـ والله أعلـم ـ لمناسبتـها لإلغاء الوسط وسـدًا للذريعة، والأليق بها كـتاب السلم والصلح، ومعناها: أن من باع طعـامًا مطلقًا ربويا أو غيـره بثمن إلى أجل، لم يجـز له ولا للمحـال عليـه أن يأخذ بذلك الثـمن ولا ببـعض ما هو عليـه طعامًا، وإن خالفه قبل الأجل أو بعـده، إلا أن يكون مثل الطعام الذي خرج من يده صفة ومقدارًا لعدم التهمة حينئذ، ويعد حينئذ إقالة.

وقوله: (بثمن) يريد: وكذلك بـحال تأخر قبض الثمن حتى افتـرق المتبايعان، وليس هذا مخصوصًا في المذهب بالطعام، بل لا يجوز أخذ اللحم عن ثمن الحيوان ولا العكس، ولا أخذ طعام من أجرة كراء أرض للحرث، قاله في «المدونة»(٣).

---

(١) «الجامع» (٨ / ١٨٢).

(٢) «المدونة» (٣/ ٨٦).

(٣) «المدونة» (٣/ ٣٥).

ولا أخذ الثياب عن ثمن الغزل إذا مضى زمن يمكن أن ينسج فيه؛ لأنه إجارة مجهولة، ولا أخذ القصيل عن ثمن الشعير بعد زمن يصير فيه قصيلاً، ولا السيوف عن الحديد.

وضابطه: كل ما لا يجوز أن يباع أحدهما بالآخر نقدًا، فلا يجوز أن يقتضي أحدهما من ثمن الآخر، كاللحم عن الحيوان والعكس، والطعام عن ثمن الأرض.

وكل ما لا يجوز أن يباع أحدهما بالآخر إلى أجل فلا يجوز أن يقتضي أحدهما من ثمن الآخر، كأخذ الطعام عن ثمن الطعام، وأخذ ثوب عن ثوبين أو العكس، وأخذ غزل عن ثمن كتان بعد مدة يمكن فيها النسج، وأخذ ثياب عن ثمن غزل في مدة يمكن فيها النسج، وأخذ قصيل عن شعير بعد مدة يمكن فيها نباته.

وجَاءَ فِي مَنعِ أَقَلَّ مِنهُ بِمِثلِ الثَّمَنِ قَولانِ لِمَالِكٍ وابنِ القَاسِمِ

هكذا وقع في بعض النسخ (منع) ولا حذف فيها، وفي نسخة: (بيع) وفيها حذف مضاف؛ أي: منع بيع أقل وجوازه.

فالمنع لمالك في «المدونة»[١]، والجواز له في «الموازية» وهو الأشهر عن ابن القاسم.

فنسب لكل منهما ما هو الأشهر عنه، ولم ينقل عن ابن القاسم قول صريح بالمنع، بل نقل عنه أنه قال مرة بالجواز، وقال مرة: لا يعجبني.

وليس مراده أن لكل منهما قولين؛ لأنه خلاف عادته، ولأن ابن القاسم لم يصرح بالمنع كما ذكرنا، ولأن هذه المسألة مستثناة من قوله: (إلا أن يكون ككيله وصفته) وأفردها لينبه على الخلاف فيها.

والخلاف في المسألة مبني على الخلاف في قرب ضمان بجعل أو بعده.

والأَردَأَ مِثلُهُ

ظاهره: أن القولين فيه كما في الأقل وليس كذلك؛ لأن مالكًا نص في «المدونة»[٢] على الجواز في الأردأ وعلى المنع في الأقل، فهما مفترقان عنده.

(١) «المدونة» (٣/ ٤٠).
(٢) «المدونة» (٣/ ٤٠).

وإذَا كَانَت السِّلعَةُ عَرَضًا فمِثلُهُ كَمُخَالِفِهِ عَلَى الأَصَحِّ، وقَالَ ابنُ المَوَّازِ: مِثلُهُ كَعَينِه، كَمَن أَسلَمَ ثِيَابًا ثُمَّ أَقَالَ فِي مِثلِهَا وزِيَادَةٍ.

هذه المسألة مقابلة لقوله: (قيل: فإن كانت السلعة طعامًا أو مما يكال أو يوزن) أي: وإن كانت السلعة عرضًا يعرف بعينه كالثياب والحيوان فمثله كمخالفه.

فإذا باع ثوبًا أو شاة بعشرة إلى شهر، ثم اشترى البائع من المشتري شاة أو ثوبًا بأقل نقدًا، فالأصح ـ وهو مذهب «المدونة» ـ الجواز، كما لو اشترى فرسًا أو غيره من مخالفة في الجنس.

واحتج ابن القاسم بأن ذوات القيم لا يقوم المثل فيها مقام المثل، فوجب أن يكون المثل فيها كالمخالف، ومقابل الأصح لسحنون، وابن المواز وغيرهما: أن المثل كالعين، لا أن المثل يقوم في ذوات القيم مقام المثل، ولكن لمعنى آخر وهو السلف بزيادة بيانه من لو باع ثوبًا بعشرة إلى شهر ثم اشترى منه مثل ثوبه بخمسة نقدًا، فآل الأمر إلى أن مثل سلعته قد رجعت إليه وخرج من يده خمسة يأخذ بعد شهر عشرة.

زاد ابن المواز: فشبه ما قرره من وجه المنع بمن أسلم ثوبًا في شاة أو باعه بدراهم ثم أقال من تلك العقدة على أن أخذ ثوبًا وزيادة.

وفرق ابن المواز بأن المسألة الأولى المتنازع فيها لم يقصد المتبايعان نقض البيعة الأولى، بل أبقياها واستأنفا بيعة ثانية لا تعلق لها بالأولى، فوجب بقاء كل حالة منهما على حالها.

ومسألة الإقالة التي شبه بها قصد المتبايعان نقض البيعة الأولى بالإقالة، فوجب من أجل ذلك النظر إلى ما خرج من اليد وعاد إليها، كما في بياعات الآجال بل أولى، فقصارى مسائل الآجال أن يتهما على القصد إلى نقض البيعة الأولى، وهاهنا قد صرح بذلك.

فَلَو تَغَيَّرَتِ السِّلعَةُ كَثِيرًا فَقِيلَ: كَعَينِهَا، وقِيلَ: كَغَيرِهَا

يعني: لو باعه سلعة من المقومات كدابة بعشرة إلى سنة فركبها.

قال في «الموازية»: إلى مثل الحج وبعيد السفر، فتأتي وقد نقصها ذلك، فهل يمنع أن يشتريها بائعها بتسعة مثلاً، أجازه في رواية ابن القاسم، ومنعه في رواية أشهب وبه أخذ سحنون.

وذكر في رواية أشهب أنه قال: إذا أحدث بها عـور أو عرج أو قطع حتى يعلم أنهما لم يعملا على فسخ البيع، فلا يصلح هذا ولا يؤمن عليه أحد.

قــال في «الـنكت»[١]: والرواية الأولى أقيس؛ لأن السلعـة إذا تغيرت تغيـرًا شديدًا بعدت التهمة.

ابن رشد[٢]: اختلافهما هناك اختلافهما في الرواحل إذا استقال المكري الكري بزيادة بعد أن سار من الطريق ما له بال، أجازه ابن القاسم ورأى أن هذا السير يمنع التهمة، ومنعه أشهب.

فَإِن كَـانَ الثَّانِي بَعضُـهُ نَقدًا وبَعضُـهُ مُؤَجَّلاً - وهِيَ تِـسعٌ - فَإِن تَعجَّلَ الأَقَلُّ أَو بَعـضُهُ امتَنَعَ...

يعني: فإن كان الثمن الثاني بعضه نقدًا وبعضه مؤجلاً؛ فالأجل: إما مساوٍ، أو أقل، أو أكثر، والثمن: إما مساوٍ، أو أقل، أو أكثر، فهذه تسع.

وإليه أشار بقوله: (**وهِيَ تِسعٌ**) وإنما انتفت صور النقد الثلاث؛ لأن الفرض أن بعض الثمن مؤجل، وإذا كان مؤجلاً لا يصح أن يكون نقدًا.

وبين الممتنع منهـا بقوله: (**فَإِن تَعجَّلَ الأَقَلُّ أَو بَعـضُهُ امتَنَعَ**) كما لو باع سلعـة بعشرة إلى شهر، ثم اشتراها بتسعة فأقل، عجل منهـا خمسة مثلاً وأخر أربعة، وسواء أخرها إلى أقل من الأجل، أو إلى الأجل، أو إلى الأبعد؛ لأنه إذا باع ثوبًا بعشرة إلى شهر ثم اشتراه بثمانية؛ أربعة نقدًا وأربعة إلى نصفه، أو إلى الشهر أو إلى الشهرين، فإن ثوبه قد رجع إليه ودفع الآن أربعة وأربعة بعد نصف شهر يأخذ عنها عشرة عند تمام الشهر.

وهذه الصورة قد تعجل فيها كل الأقل.

وكذلك إذا كانت الأربعة مؤخرة إلى الشهر، فإنه يسقط بسببها أربعة من العشرة لأجل المقـاصة، وآل الأمـر إلى أن البائع دفـع الآن أربعة يأخـذ عنها عـند حلول الشهـر ستـة، والتعليل كذلك في الشهرين.

وهاتان الصورتان تعجل فيهما بعض الأقل، وهما والأولى مندرجة تحت قوله: (**فَـإِن**

(١) «النكت والفروق» (٢/ ٤٣).

(٢) «البيان والتحصيل» (٧ / ١١٩).

تَعَجَّلَ الأَقَلَّ أَو بَعضَه).

ويدخل في كلامـه صورة رابعـة مشاركـة للأولى في تعجيـل كل الأقل، وهي ما إذا اشتـراها بأكثر وعجل بعـضه وأخر بعضـه إلى أجل أبعد من الأجل الأول، كمـا لو باعه بعشرة إلى شهر، ثم اشتراه باثني عشر؛ خمـسة نقدًا وسبعة إلى شهرين، فإن الثوب رجع لربه، ودفع الآن خمسة يأخذ عـنها مثلها عند تمام الشهر، ويدفع له المشتري حـينئذ خمسة يعطيه البائع عوضًا عنها بعد شهر آخر سبعة، فالعشرة أقل من الاثني عشر، فيصدق عليها قوله: (تعجل فيها الأقل).

فعلى هذا، فـ(أو) من قـوله: (فإن تعجل فيـها الأقل أو بعضه) للتـفصيل: فتـعجل الأقل كله هو في الصورة الأولى والرابعة، وتعجل بعضه هو في الثانية والثالثة كما قررنا، وبه يندفع ما قاله ابن عبد السلام هنا، من أن كـلامه لا يشمل الصورة الرابعة، وأن قوله: (**تَعَجَّلَ الأَقَلَّ**) خارج عن فرض المسألة؛ إذ فرضها أن بعضه مؤجل، فلا يتعجل فيها جميع الأقل.

ومَنَعَ ابنُ المَاجِشُونِ المُؤَجَّلَ إِذَا كَانَ مُسَاوِيًا لِلبَاقِي، بنَاءً عَلَى اعتِبَارِ: أَسلِفنِي وأُسلِفُكَ، وهُوَ بَعِيدٌ...

يعـني: أن ابن الماجشون منع من الصور التسع صورة أخرى هي جائزة على المشهور، وهي ما إذا كان المؤجل أبعـد من أجل الثمن الأول وهو مساوٍ له، كما لو باعـه بعشرة إلى شهر ثم استردها بخمسة نقدًا أو خمسة إلى شهرين.

وقد تقـدم الكلام عنها أول الفصل حين أشار إليـها المصنف بقوله: (وإن كان بـعيدًا جدًا، كأسلفني وأسلفك).

ولَو بَاعَ ثَوبَينِ بعَشَـرَةٍ إِلَى سَنَةٍ، ثُمَّ اشتَـرَى أَحَـدَهُمَا نَقـدًا بِتِسعَـةٍ لَم يَجُـز؛ لأَنَّهُ بَيعٌ وسَلَفٌ...

هذه إحدى المسـألتين اللتين تقدمت الإحـالة عليهـما قبل هذا بقـوله: (وسيـأتيان)، ومعناها: أن من باع ثوبين بعـشرة إلى سنة مثـلاً ثم اشترى أحدهمـا بأقل من الثمن الأول نقدًا كـتسعة أو ثمـانية أو أقل، فالثـوب الراجع كأنه لم يقع فيـه بيع وآل أمره إلى أنه دفع تسعة وثوبًا مـعجلين في عشرة إلى شهـر، فتسعة منـها تقابل تسعة سلف، والثـوب مبيع

بالدينار العاشر، فقد اجتمع بيع وسلف.

ابن عـبد السـلام: قيل: إنما تظهر هذه التهمـة إذا كان الثوب يساوي دينارًا أو نحوه، وأما لو كان يساوي خمسة ونحوها فالتهمة حينئذ بعيدة.

وينبغي على أصل ابن القاسم الجـواز إذا اتضح ارتفاع التهمة، كمـا أجاز في الصرف إذا كانت قيمة المعجل أكثر من قيمة المتأخر جدًا، ألا ترى أن البيع والسلف يكثر القصد إليه بخلاف الصرف المستأخر.

وَلَو اشتَرَاهُ بعَشَرَةٍ فَأَكثَرَ جَازَ، خِلافًا لابنِ المَاجشُونِ، وهِيَ اثنَتَا عَشَرَةَ صُورَةً يُمتَنَعُ مِنهَا مَا تَعَجَّلَ فِيهِ الأَقَلَّ...

يعني: فلو اشترى أحد الثوبين بمثل الثمن الأول فأكثـر جاز لانتفاء التهمة؛ لأن البائع دفع عشرة وثوبًا نقدًا يأخذ عنهما عشرة بعد سنة، ولا تهمة في ذلك.

وما نسبه لابن الماجشون ليس بنص، وإنما نصوا له على المنع فيمن باع ثوبًا بعشرة إلى شهر ثم اشـتراه بثوب وعشـرة، فقدر الثوب المردود مبـيعًا بالثوب المدفـوع والعشرة سلف بعشرة، وستأتي هذه المسألة.

وألزمه التـونسي منها المنع في الصـورة التي ذكرها المصنف؛ لأن البـائع خرج من يده ثوب وهو البـاقي بيد المشـتري، ورجع له ثوب عوضًـا عنه وهو الذي كان خـرج من يده أولاً، وهذا بيع، وخرج من يده عشرة نقدًا يأخذ عشرة بعد شهر، وهذا سلف.

وكأن المصنف قوي عنده هذا الإلزام فجـرى على أحد القولين في أن لازم القول قول فنسبه إليه.

وحل المازري هذا الإلزام بأن ابن الماجشون قال في المسألة المنصوصة: ولاسيما إن كان الثوب المدفوع آخرًا أدنى من الثوب الأول.

فأشـار بقوله: (أدنى) إلى اتـضاح التهـمة برجـوع ثوب آخر مـخالف، إذ اخـتلاف الأعواض دليل على اختلاف الأغراض، وهذا بخلاف أن يعود إلى يده عين ما خرج منها، فلا تهمة لاتحاد العوض.

وقوله: (**وهِيَ اثنَتَا عَشَرَةَ صُورَةً**) لأنه إذا باع ثوبين بعشرة ثم اشترى أحدهما؛ فإما: بمثل الثمن، أو أقل، أو أكـثر، والبيع إما: نقـدًا، أو دون الأجل، أو إلى الأجل، أو أبعد

منه، وقوله: (**يُمتَنَعُ مِنهَا مَا تَعجَّلَ فِيهِ الأَقَلّ**) ظاهر، وقد تقدم وهو: ما إذا اشترى أحدهما بتسعة.

وظاهر كلامه: أنه لا يمتنع إلا هذا، وليس كذلك، فإن الصور الثلاث التي بعد الأجل كلها ممتنعة، نص على ذلك المازري وهي: أن يشتري أحدهما ثانيًا بمثل الثمن، أو أقل، أو أكثر، أو أبعد من الأجل.

أمـا الأولى: فلتهمة سلف جر نفعًا؛ كما لو باعها بعشرة إلى شهر ثم اشترى أحدهما بعشرة إلى شهـرين؛ لأن البائع خرج من يده ثوب على أن يسلفه المشتري عشـرة بعد شهر يأخذها منه بعد شهرين، والثوب عوض انتفاعه بالسلف.

وأما الثـانية: وهي أن يشتريه بأقل إلى أبعد، فـلأنه بيع وسلف؛ لأن البائع إذا اشتراه ثانيًا بخمسة إلى شهرين، فقـد خرج من يده ثوب يعطيه المشتري عند حلول الأجل عشرة؛ خمسة منه عوض عن الثوب، وخمسة يسلفها له يأخذها منه بعد شهرين.

وأما الثالثة: وهي أن يشتريه بأكثر إلى أبعد، فهو سلف جر نفعًا، وتصوره ظاهر.

وقد يمكن أن تندرج هذه الصورة الثالثة ـ وهي أن يشـتري بأكثر إلى أبعد ـ في قوله: (**تَعجَّلَ فـيه الأَقَلّ**) لأن ما يأخذه البائع بعد شهر أقل، ويتـعجل بالنسبة إلى ما يأخذه بعد شهرين، وأما الأوليان فلا تندرجان في كلامه.

ولَو اشتَرَى أَحـدَهُمَا بغَير صنـف الثَّمَنِ الأَوَّلِ، فَقَالُوا: يُمنَعُ مُطلَقًـا، وَعِندِي فِي النَّقدِ المُربي عَلَى جَمِيعِ الثَّمَنِ، الظَّاهِرُ: الجَوَازُ...

مراده بغير الصنف: أن يكون الثمن الأول ذهبًا والثاني فضة، أو يكون الأول محمدية والثاني يزيدية، فيؤول الأمر إلى أن البـائع رجع إليه أحد ثوبيه وخرج من يده ثوب وذهبٌ يأخذ عند الأجل فضة، أو خرج من يده ثوب ومحمديةٌ يأخذ عند الأجل يزيدية.

وقوله: (**فَقَالُوا: يُمنَعُ مُطلَقًا**) أي: سواء كان الثمن الثاني أقل، أو أكثر، أو مساويًا، نقدًا أو إلى أجل دون الأجل، أو إلى الأجل نفسه أو أبعد.

ابن بشـيـر: ولا خلاف في ذلك، وعلـله بأن السلعة المردودة سلف، ومـا خرج من الثوب والذهب أو المحمـدية مبيع بما في ذمة المشـتري من الفضة أو اليزيدية مع مـا فيه من الصرف المستأخر أو البدل المستأخر.

وتبرأ المصنف من هذا بـقوله: (قالوا) لإشكاله؛ لأن القـياس على ما تقـدم في البيع والصرف: أن يجوز إذا كان المنقود أكثـر من المؤجل جدًا؛ لانتفاء التهمة فيه كانتـفائها فيما تقدم في قوله: (إلا أن يكون المتعجل أكثر من قيمة المتأخر جدًا) ولا فرق بين المسألتين.

ويدل على أن هذا الوجـه هو المقتضي للتـبرؤ مـا وقع في بعض النسخ: (وعندي في النقد المربي على جميع الثمن، الظاهر: الجواز).

وقوله: (المربي) أي: الزائد على جـميع الثمن، ولم يصـرح بتعمـيم المنع في الصور كلها من غير خلاف إلا ابن بشير، وإنما أطلق غيره من المتقدمين.

وعلى هذا ففي كـلام ابن بشير نظر؛ لاحـتمال أن يكونوا أطلقـوا المنع اتكالاً على ما ذكروه في الصرف.

وقد صرح اللخـمي به هنا، فقال: ينبغـي الجواز حيث يكون الثمن المعـجل أكثر من الثمن المؤجل بأمر بين فأحرى، وهو نحو ما نسبه المصنف لنفسه.

وَلَو بَاعَهُ بعَشَرَةٍ ثُمَّ اشتَرَاهُ مَعَ سِلعَـةٍ نَقداً بِمِثلِ الثَّمَنِ، أَو أَقَلَّ، أَو أكثَرَ لَم يَجُز؛ لأَنَّهُ بَيعٌ وسَلَفٌ...

هذه المسألة الثـانية المحال عليـها أولاً، ومعناهـا: أنه إذا باع ثوبًا بعشرة إلى شـهر ثم اشتـراه مع ثوب آخر بعـشرة لم يجز؛ لأنه قـد آل أمره إلى أن ثوبه رجع إليـه وخرج منه عشرة يأخذ عنها بعد شهر عشرة وقد ازداد ثوبًا أولاً.

وإذا ظهر لك هذا في الشـراء بمثل الثمن كـان فيمـا إذا اشتراها بأكـثر أوضح، وهي الصورة الثالثة من كلام المصنف.

أما إذا اشتراها بأقل كما لو اشتراها بثمانية نقدًا، فقد رجع إليه ثوبه وآل الأمر إلى أنه دفع ثمانية دنانير نقـدًا أخذ عنها ثوبًا نقدًا وعشرة دنانير إلى أجل، لا خـفاء في فساده لأنه بيع وسلف.

وقد صـرح المازري وابن عبد السـلام: بأن المنع في المثل وأقل لسلف جر نفعًا كـما ذكرنا.

فقـول المصنف: (**لأَنَّهُ بَـيعٌ وسَـلَفٌ**) يحتمل أن يعود على صورة الأكـثر وفيه بعد، ويحتمل أن يعود على الثلاث وهو ظاهر كلام ابن بشير.

فكأنه وزع المنقود على السلعة المزيدة من جهة المشتري وعلى ما يقتضيه عند الأجل من ذمته، فيجتمع فيه البيع والسلف، وتقرير المازري أظهر، والله أعلم.

وكَـذَلِكَ بِأَكْـثَرَ مِـنهُ أَو بِمِثلِه إِلَى أَبعَـدَ، ويُعَـدُّ المُشتَـرِي مُـسلِفًـا، بِخِـلافِ الأَقَلِّ عَلَى الأَصَحِّ...

أي: ويلتحق بالصور الثلاث في المنع صورتان أيضًا:

الأولـى: أن يشتري ذلك الثوب مع سلعة أخـرى بأكثر من الثمن الأول إلى أبعد من الأجل الأول، إلا أن البائع كان في المسألة السابقة مسلفًا وفي هذه المشتري هو المسلف.

مثاله: إذا باع ثوبًا بعشرة إلى شهر، ثم اشتراه مع ثوب آخر باثني عشر إلى شهرين، فقد رجع إليه ثوبه وآل أمرهما إلى أن المشتري يـدفع للبائع عند تمام شهره عشرة، وقد كان أعطى مع الثـوب المستـرجع ثوبًا آخر يدفع له البـائع عن ذلك كله اثني عـشر، والمشـتري مسلف وبائع.

وأما الصورة الثانية: وهي ما إذا كان بمثل الثمن الأول فلا مانع، وإنما تبع المصنف ابن بشير، فهو الذي ذكر المنع وحده ولا وجه له.

وقد نص ابن مـحرز والمازري على الجواز، وبيـانه: أن البائع إذا اشتـرى الثوب الذي كان باعه مع ثوب آخر بمثل الثمن الأول إلى أبعد، فـقد رجع إلى يد البائع ما خرج منها، وأخذ الآن ثوبًا مع عشرة يأخذها من المشتري عـند حلول الأجل، فالمشتري وإن كان مسلفًا ولكنه سلف لم يجر نفعًا بل جر له خسارة.

وإذا ظهر لك الجـواز في المثل ففي أقل من باب أولى، فلا معنى للخـلاف في قوله: (**عَلَى الأَصَحِّ**) فإن المنع لا حظ له في الصحة فضلاً عن أن يكون صحيحًا مقابلاً للأصح.

ولم يذكر المازري في هذه المسألة غير الجواز، نعم ذكر ابن بشير الخلاف وهو مشكل.

تنبيه :

هذه المسألة تتـصور فيـها اثنتا عشـرة صورة كمـا تقدم في غيـرها، وتصورها واضح وتعرض المصنف للحكم فـيما إذا اشتراها بالنقـود، والحكم فيما إذا اشـترى إلى أجل أبعد وسكت عـما إذا اشتـراه لأقل من الأجل؛ لأنه مـساو للنقـد، وعمـا إذا كان اشتـراه إلى الأجل؛ لأن الحكم حينئذ الجواز.

وَلَو كَانَ ثَوبًا بعَشَرَة، ثُمَّ اشتَرَاهُ بخَمسة وسِلعَةٍ لَم يُجز؛ لِمَا تَقَدَّمَ

هذه المسألة عكس التي قبلها، فإن زيادة السلعة كانت في الأولى من المشتري الأول وفي هذه من البائع الأول.

ومعناها: أن من باع ثوبًا بعشرة إلى شهر مثلاً ثم اشتراه بخمسة وشاة.

وصورها أيضًا اثنتا عشرة؛ لأن البيعة الثانية إما أن تكون بأقل من الثمن الأول، أو بمثله، أو أكثر نقدًا، أو إلى الأجل نفسه، أو إلى أقل منه، أو أبعد.

ولا يجوز منها إلا إذا كان البيع إلى الأجل نفسه، بيان ذلك: أن ثوبه قد رجع إليه فصار لغوًا، وآل الأمر إلى أنه دفع خمسة وشاة نقدًا يأخذ عنها عشرة إلى شهر، وذلك بيع وسلف، وكذلك إذا كان يدفع الخمسة إلى نصف شهر، وإن كان يدفع الخمسة بعد شهر فكذلك، إلا أن المشتري هنا هو المسلف.

وأما إذا كانت الخمسة تحل بحلول الأجل الأول فلا مانع؛ لوجوب المقاصة.

وحذف المصنف (إلى أجل) في قوله: (ولو كان ثوبًا بعشرة، ونقدًا) من قوله: (واشتراه بخمسة) اعتمادًا على ذكرهما في الصورة المتقدمة؛ لأنها مثلها في المعنى.

ولهذا أشار إلى اشتراكهما في العلة في قوله: (**لَم يَجُز؛ لِمَا تَقَدَّمَ**).

وَلَو اشتَرَاهُ بعَشَرَة فَأَكثَرَ جَازَ، خِلافًا لابنِ المَاجِشُون فَإِنَّهُ جَعَلَ السِّلعَةَ مَبيعَةَ بِالسِّلعَةِ، والعَشَرَةَ المُؤَجَّلَةِ والعشَرَةِ النَّقدِ سَلَفًا، وَهُوَ وَهمٌ، وَصَحَّحَ البَيعَ الأَوَّلَ...

أي: لو باع ثوبًا بعشرة إلى شهر، ثم اشتراه بشاة وعشرة أو أكثر نقدًا، جاز عند ابن القاسم؛ لأن مآل أمر البائع أنه دفع شاة وعشرة دنانير أو أكثر نقدًا يأخذ عوضًا عن ذلك العشرة دنانير إلى شهر، ولا تهمة فيه.

ومنع ذلك ابن الماجشون، قال: ولاسيما إن كان الثوب المدفوع آخرًا أدنى من الأول.

ومن هذه خرج التونسي المنع في المسألة المتقدمة كما تقدم.

وبين المصنف سبب المنع بقوله: (**فَإِنَّهُ جَعَلَ...**) إلخ، أي: جعل السلعة العائدة إلى يد البائع - وهي التي خرجت من يده أولاً - مبيعة بالسلعة الخارجة من يده ثانيًا، وجعل العشرة النقد سلفًا في العشرة المؤجلة، فيكون بيعًا وسلفًا، وقال: وهو وهم، أي: والجعل المذكور وهم.

وبين علة وهمه بقوله: **(وصَحَّحَ البيعَ الأوَّلَ)** أي: أن الثوب إنما يكون مبيعًا بالشاة في الفرض المذكور إذا قدرنا أنه انتقل إلى ملك المشتري، وإذا انتقل إلى ملك المشتري الأول في المعاوضة الأولى لزم أن تكون تلك المعاوضة صحيحة، وإذا صحت كانت العشرة قد تقررت في ذمة المشتري الأول من بيع صحيح، وذلك مانع؛ لأنه يعد قضاء عن سلف، إذ الشيء الواحد لا يكون ثمنًا وسلفًا.

وحاصله: أن تصحيح الأولى يستلزم صحة ما بعدها لعدم السلف وهو ظاهر، إن كان عبد الملك قد قال: (جعلت السلعة. . .) إلخ، وإن كان إنما قال بالمنع، وتأولوا عليه ذلك، فقد يعلل المنع بغير ما ذكر وهو الضمان؛ لأنه ضمنه السلعة بالشاة وتعجيل العشرة.

وفِيهَا مَسأَلتَا الحِمَارِ والفَرَسِ

وقع هنا نسختان: **(منها)**، و**(فيها)** والثانية أحسن؛ لأن الضمير في: **(فيها)** يعود على «المدونة».

والضمير في: **(منها)** ظاهره أنه عائد على بياعات الآجال وهما ليستا منها، ويحتمل أن يعود أيضًا على «المدونة».

وتسمى الأولى منها مسألة البرذون لفرضها فيه في أصل «المدونة»، وفرضها [البراذعي][1] في فرس.

والثانية ذكرها ربيعة وهي موافقة لأصول المذهب، ولذلك أتى بها سحنون.

فَالأُولَى: إذَا أَسلَمَ فَرسًا في عَشَرَةِ أَثوَاب، ثُمَّ استَرَدَّهُ قبلَ الأَجلِ مَعَ خَمسَةٍ لَم يَجز؛ لِمَا فِيهِ مِن بَيعٍ وسَلَفٍ، وضَعٍ وتَعَجَّل، وحُطَّ الضَّمَانَ وأَزِيدُكَ...

أي: فالمسألة الأولى، وتصورها ظاهر، ثم أخذ يتكلم على بيان العلل الثلاث، فقال:

فَأَمَّا البَيعُ والسَّلَفُ، فَمَبنِيٌّ عَلَى المَشهُور من أَنَّ المُعَجَّلَ لمَا فِي الذِّمَّةِ مُسلِفٌ، ثُمَّ يَقتَضِيهِ مِن ذِمَّتِه، عِندَ أَجَلِه لاَ أَنَّه أَدَّاهُ وبَرِئَ، وصَوَّبَ المُتَأَخِّرُونَ الشَّاذَّ...

أي: أن البيع والسلف ينبني على المشهور من أن المعجل لما في الذمة مسلف، ثم يقتضيه من ذمته عند أجله؛ لأنه لما ترتب له في ذمته عشرة أثواب إلى شهر ثم أعطاه

---

(١) في ط: «البرادعي».

خمسة الآن وفرسًا، فالخمسة سلف يقتضيها من نفسه عند تمام الشهر، والفرس مبيع بالخمسة الأخرى.

وأما على الشاذ من أن المعجل لما في الذمة لا يعد مسلفًا ويبرأ، فيجوز كما لو كان حالاً، وهو قول البرقي.

ولكن لا يدل هذا على أنه يجيز المسألة للعلتين الأخيرتين.

وقوله: (وصَوَّبَ...) إلخ، فمن ذلك ما احتج به اللخمي من أنه لو كان مسلفًا لرب الدين للزم إذا أفلس المعجل أن يكون لغرمائه القيام على رب الدين ويأخذوا منه ما عجله له بمثابة من له دين وعليه دين، ثم قام الغرماء على أحدهما، فإن الآخر لا يكون أحق بما في ذمته.

ورده المازري، وابن بشير: بأن أدنى درجات الأثواب المعجلة في هذه الصورة أن تكون هنا بيد من عجلت له فيكون أولى بها.

وأجيب: بأن مشهور المذهب في الرجلين إذا كان لكل منهما دين على الآخر، أنه ليس لغير المفلس منهما التمسك بما في ذمته رهنًا، بل يحاص فيه الغرماء، خلافًا لأشهب في الاختصاص.

ورد بأن المعجل في مسألة الأجل لأجل المؤجل فصار كالرهن به بخلاف الدينين ابتداء.

وصوب ابن بشير الشاذ لعلة أخرى، وهي: أنهما قصدا إلى براءة الذمة، فينبغي أن يمضيا على ما قصدا، وتعجيل السلف حتى يقتضي من الذمة بعيد.

والثَّانِي عَلَى أَنَّ الفَرَسَ يُسَاوِي أَقَلَّ

أي: والمانع الثاني ـ وهو: ضع وتعجل ـ يدخل المسألة بتقدير أن الفرس مساو لأقل من خمسة، كما لو ساوى أربعة تبقى ستة عجل له منها خمسة على أن وضع عنه السادس، والمعروف منع ضع وتعجل.

وحكى بعضهم عن ابن القاسم جوازه، ابن زرقون: أراه عنه وهمًا.

والثَّالِثُ عَلَى أَنَّهُ يُسَاوِيَ أَكثرَ

أي: ويدخل المانع الثالث على تقدير أن يكون الفرس يساوي أكثر، كما لو ساوى ستة

فتبقى أربعة، فيحط عنه ضمانها على أن يزيده ثوبًا.

قال في «المدونة»[(١)]: ويدخله تعجل حقك وأزيدك دخولاً ضعيفًا.

فائدة :

شرط ضع وتعجل، وحط الضمان وأزيدك اتحاد الجنس، أشار إليه التونسي وغيره.

وقد نص مالك في «الموازية» على أنه لو أخذ عـرضًا في دينه قبل أجله يساوي أقل ما له عليه مع تخالفهـما أن ذلك جائز، وإن كان أقل من القيمة كـثيرًا. ولم يخالف في ذلك إلا الليث.

وكذلك نص ابن يونس على أن ضع وتعجل لا يدخل إلا الجنس الواحد، لكنه قال: وأما حط الضمان وأزيدك يدخل في الجنس والجنسين فيما لا يجب تعجيله.

ولهذا أَوَّلَ صاحب «النكت» [(٢)] قول مالك في هذه المسألة: أنه يدخلها ضع وتعجل.

وقول ربيـعة في الذي بعدها على أن المراد إنما هو خـوف أن يقصدا بهـذا الفعل ضع وتعجل [وليس ذلك نفس ضع وتعجل][(٣)].

وإذا تقرر هذا ظهر لك أنه لا ينبغي أن تعلل هذه المسألة بضع وتعجل، وحط الضمان وأزيدك؛ لاختـلاف العوضين وهما الفرس والأثواب، ولهـذا لم يعتمد الأشـياخ إلا على المانع الأول، ولأنه عام ساوى خمسة، أو أقل، أو أكثر بخلافهما.

وَقِيلَ: تَجُوزُ

أي: وقيل تجـوز هذه المسألة، لا يقـال هذا تكرار؛ لأنه فهم من قـوله أولاً، وصوب المتأخرون الشاذ؛ لأن ذلك خلاف في القاعدة وهذا خلاف في المسألة، ولا يلزم الخلاف في القاعدة القـول بجواز هذه المسألة؛ لما تقدم أن هذا الشاذ لم يقع نصـا في عينها، وإنما وقع في نظيرها لابـن القاسم في «الموازية»: فيـمن أسلم ذهبًا في عـبدين أو فرسين، فـعوض عنهما قـبل الأجل عبدًا مثل شرطه وعرضًـا معه، ذلك جائز مع أن أحد العـبدين المعجل سلف وقد عوض عن الآخر بالعرض.

---

(١) «المدونة» (٣/ ١٦٦).

(٢) «النكت والفروق» (٢/ ٤٢).

(٣) سقط من ط.

وهَذَا إِذَا كَانَ المَردُودُ عَينَ رَأسِ المَالِ أَو غَيرَهُ والمَزِيدُ مُعجَّلاً، فَإِن كَانَ المَزِيدُ مُؤَخَّرًا مُنِعَ؛ لأَنَّهُ دَينٌ بدَينٍ، وبَيعٌ وسَلَفٌ مُحقَّقٌ.

قـوله: **(عَينَ رَأسِ المَـالِ)** أي: الفرس أو غيره، يعني: من غـير جنسه، وأما إن كان غيره ـ وهو موافق ـ فسيأتي.

وهذا هو صورة المسألة المتقدمة، وإنما ذكره ليواطئ لقوله: **(فَإِن كَانَ المَزِيدُ مُؤَخَّرًا...)** إلخ، يعني: فإن كانت الأثواب التي مع الفرس مؤخرة عن الأجل فهو فسخ دين في دين، وهو مراده بقوله: **(لأَنَّهُ دَينٌ بدَينٍ)**.

وقوله: **(وبَيعٌ وسَـلَفٌ)** أي: بيع الخمسة الأثواب بالفرس مع تأخير الدين عن أجله الذي وجب قضـاؤه فيه، وذلك سلف بـلا إشكال ولا خلاف؛ لأن الخلاف إنما هو فـيمن عجل ما أجل هل يعد مسلفًا أم لا؟ أما من أخر ما عجل، فإنه يعد به مسلفًا اتفاقًا.

فـإن قـيل: من شرط فسخ الدين في الدين التي فـسرت به كلامه أن يكون في الجنس على أكثر مما في الذمة، أو يكون في غير الجنس، وقد انتفى كل واحد منهما هنا.

فجوابه: لا نسلم الانتفاء؛ لجواز أن يكون الفرس يساوي ستة فتبقى أربعة فسخها في خمسة إلى أبعد، قال معناه ابن عبد السلام.

خـليـل: ويمكن أن يعلل المنع في تعليل الأثواب بعلة أخـرى، وهي: السلف بزيادة والضمان بجعل؛ لأنه إذا أخر الخمسة كما ذكرنا يحتمل أن تكون الفرس لا تساوي الأربعة فيكون ضمانًا بجعل، ويحتمل أن يكون ستة فيكون قد أسلف أربعة بخمسة، فتأمله.

وإِن كَانَ إِلَى مثلِه جَازَ

أي: وإن كان المزيد إلى الأجـل جاز؛ لأن الفرس حـينئذ مبـيع بخمـسة، والخمـسة الأخرى باقية إلى الأجل نفسه، ولا مانع منه، وأورد أن ظاهره يقتضي أنه وقعت زيادة ولم تقع، بل الخمسة باقية إلى الأجل نفسه، وكذلك أيضًا قوله: (إلى مثل الأجل) وإنما هو في نفس الأجل.

وأجيب: بأنه سماها زيادة بالنسبة إلى المعاوضة الأولى، وأطلق المثل وأراد به النفس، وهو كأحد التأويلين في قوله تعالى: ﴿لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ﴾ [الشورى: ١١] أي: ليس كذاته شيء، والتأويل الثاني أن الكاف زائدة.

فَإِن كَانَ المَردُودُ مِثلَهُ مُنِعَت الصُّوَرُ كُلُّهَا؛ لأَنَّهُ سَلَفٌ بِزِيَادَةٍ

يعني: فإن كان المردود عن الفرس فرسًا آخر مثل الفرس، فقد آل أمرهما إلى أنه أسلفه فرسًا رد إليه مثله، وكل ما يعطيه معه فهو زيادة لأجل السلف.

وقوله: (**الصُّوَرُ كُلُّهَا**) أي: سواء كان المزيد منقودًا في الحال، أو إلى الأجل الأول، أو أبعد.

الثَّانِيَةُ: إِذَا بَاعَ حِمَارًا بِعَشَرَةٍ إِلَى أَجَلٍ، ثُمَّ اسْتَرَدَّهُ وَدِينَارًا نَقدًا لَم يَجُز؛ لأَنَّهُ بَيعٌ وسَلَفٌ، وضَعَ وتَعَجَّل، وذَهَبٌ وعَرَضٌ بِذَهَبٍ مُتَأَخِّرٍ

أي: المسألة الثانية، وتصورها ظاهر، وذكر لها ثلاثة موانع:

الأولى: بيع وسلف؛ لأن المشتري تقررت في ذمته عشرة دنانير دفع عنها معجلاً الحمار الذي اشتراه مع دينار ليأخذ من نفسه عند حلول الأجل عشرة، تسعة عوض عن الحمار ودينار عن الدينار المتقدم.

وقوله: (**وضَعَ وتَعَجَّل**) أي: على تقدير أن يكون الحمار يساوي ثمانية فأقل.

وقوله: (**وَذَهَبٌ وعَرَضٌ بِذَهَبٍ مُتَأَخِّرٍ**) ظاهر من الكلام الأول.

ولا يدخل هنا حط الضمان وأزيدك، إذ لا ضمان في العين.

هَذَا إِذَا كَانَ البَيعُ نَسِيئَةً والمَزِيدُ عَينًا مُعَجَّلاً

ليس غرضه بهذا الاحتراز عن شيء، وإنما هو الحكم المتقدم، ولكن ذكره ليرتب عليه ما بعده.

فَإِن كَانَ مُؤَخَّرًا عَنهُ، أَو إِلَى مثله، أَو دُونَهُ امتُنِعَ؛ لأَنَّهُ دَينٌ بِدَينٍ، إلا أَنَّهُ فِي جِنسِ الثَّمَنِ إِلَى الأَجَلِ جَائِزٌ؛ لأَنَّ حَقِيقَتَهُ بَيعُهُ بِالبَعضِ...

اسم (كان) عائد على المزيد؛ يعني: بشرط أن يكون من العين، سواء كان مماثلاً أو مخالفًا، ويدلك على أن مراده العين.

قوله بعد ذلك: (**فَإِن كَانَ المَزِيدُ غَيرَ عَينٍ**) فإن قيل: لم لا يعود الضمير في (كان) على العين المزيد مع الحمار سواء كان من جنس الثمن أو لا؟

قيل: لو أراد ذلك لقال: كانت؛ لتأنيث العين.

وقوله: (**دَينٌ بـدَينٍ**) أي: فسخ دين في دين، وقوله: (**إِلَى مـثله**) أي: إلى الأجل نفسه، وقوله: (إلا استـثناء من الممتنع) أي: إلا أن يكون المزيد من جنس الثمن إلى الأجل وهو جائز، كما لو باعه حماراً بعشـرة إلى شهر، ثم استرده وديناراً يأخذه عند تمام الشهر، وعلله بقوله: لأن حقيقته بيعه بالبعض، أي: لأن حقـيقة الأمر فيه ومآله أنه اشترى الحمار بتسعة دنانير من العشرة، ولا محذور فيه.

خـليـل: وعلى هذا فالصـور ستة؛ لأن المزيد له صورتان: موافـق، ومخالف، وكل منهمـا إما: إلى دون الأجل، أو إلى نفس الأجل، أو أبعد منه، لا يجوز منـها إلا صورة واحدة، وهي التي استثناها المصنف بقوله: (**إِلا أَنَّهُ فِي جِنسِ الثَّمَنِ إِلَى الأَجَلِ**).

وقد يعلل المنع بغير مـا ذكره المصنف، فيعلل فيما إذا كـان المزيد من غير جنس الثمن الأول بالصـرف المؤخر، ويعلل فـيمـا إذا كان المزيـد من جنس الثمن الأول إلى أبعـد من الأجل بالبيع والسلف، والله أعلم.

فَإِن كَانَ المَزِيدُ غَيرَ عَينٍ مُعَجَّلاً جَازَ، وَإِلا مُنِعَ مُطلَقًا؛ لأَنَّهُ فَسخُ دَينٍ فِي دَينٍ

هذا قسيم قولـه: (والمزيد عينًا) أي: وإن كان المزيد مع الحمار عرضـًا غير عين، فإن كان معجلاً جاز؛ لأنه باع عينًا في الذمة بعرض وحمار ولا مانع، وإلا ـ أي: وإن لم يكن العرض معجلاً بل كان مؤخرًا، وسواء كان إلى الأجل، أو أبعد، أو أقل ـ منع؛ لأنه فسخ دين في دين، أي: لأنه انتقل من الدين الذي له في ذمة المشتري إلى حمار معجل وعرض مؤجل.

وَإِن كَانَ البَيعُ نَقدًا لَم يُقبَض وَالمَزِيدُ مُعَجَّـلاً، جَازَ كَغَيرِهِ مِنَ القَضَاءِ، وَإِلا مُنِعَ مُطلَقًا؛ لأَنَّهُ فِي النَّقدِ المِثلِيِّ بَيعٌ وَسَلَفٌ مُحقَّقٌ، وَفِي غَيرِهِ فَسخُ دَينٍ فِي دَينٍ أَو صَرفٍ مُستَأخَرٍ...

مراده بالنقـد المعجل لا النقد الذي هو مقـابل العرض، يعني: فإن باع الحمـار بعشرة دنانير مثلاً نقدًا ولم يقـبضها البائع فأعطاه المشتري الحمـار وزيادة عوضًا من تلك الدنانير، فإن عجل الزيادة التي مع الحمار جاز كـغيرها من الصور، وهذا صحيح إن لم تكن الزيادة فضة، فإن كانت فضة فيدخله البيع والصرف، فأجره على ما تقدم.

وأطلق المصنف اعتـماداً على ما تقـدم، وفي معنى هذه الصورة: مـا لو باعه بدراهم يزيدية ثم استردها مع زيادة محمدية، أو بالعكس.

قوله: (**وإِلا مُنِعَ مُطلَقًا**) أي: وإن لم يكن المزيد معجلاً بل تأخر امتنع مطلقًا؛ لأنه إن كان المزيد من جنس الثمن الأول فهو تأخير في بعض ذلك الثمن بشرط، وذلك سلف اقترن بالبيع.

وهذا معنى قوله: (**لأَنَّهُ فِي النَّقْدِ المِثْلِيِّ بَيعٌ وسَلَفٌ مُحَقَّقٌ**) وإن كان المزيد من غير جنسه، فإن كان عينًا فهو صرف مستأخر، وإن كان غير عين فهو فسخ دين في دين.

وظاهر كلامه: أنه إذا كان المبيع أولاً نقدًا أنه لا يختص الممتنع منه بقوم دون قوم. وقيده ابن أبي زيد بأهل العينة؛ لأن البيعة الأولى نقدًا بخلاف القسم الذي قبله، فيتهم فيه أهل العينة وغيرهم.

وخالفه غيره وأبقاه على إطلاقه كالمصنف؛ لأن الفساد هنا أقوى، إذ الفساد في البيعة الثانية لا يتوقف على انضمامه إلى الأولى، بخلاف بيوع الآجال إنما يتم فيها الفساد بالبيعتين، وما يتصور فيه الفساد بنفسه أقوى مما يتوقف على غيره.

وقيد ابن أبي زيد أيضًا المنع فيها بأن المشتري لم ينقد العشرة أولاً، إذ لو نقد لجاز أن يشتري البائع منه معجلاً ومؤجلاً؛ لأنها بيعة ثانية، وهو ظاهر تقييد المصنف بقوله: (**لَم يُقبَض**)، وخالفه غيره ورأى أن المنع يتصور في المسألة وإن نقد؛ لأنه يقدر أنه اشترى الحمار بتسعة على أن أسلفه قابضها العاشر إلى الأجل.

فَإِن كَانَتِ الزِّيَادَةُ مِنَ البَائِعِ جَازَ مُطلَقًا

أي: وإن استرد البائع الحمار الذي باعه على أن دفع البائع للمشتري زيادة وأخذ الحمار جاز مطلقًا، سواء كانت البيعة الأولى نقدًا أو إلى أجل، كان المزيد من جنس الثمن أو لا.

إِلا أَن تَكُونَ مُؤَجَّلَةً مِن صِنفِ المَبِيعِ فَيُمتَنَعُ؛ لأَنَّهُ سَلَفٌ بِزِيَادَةٍ

أي: إلا أن تكون تلك الزيادة حمارًا مؤجلاً، وهو مراده بقوله: (**من صِنفِ المَبِيعِ فَيُمتَنَعُ**) وعلل المنع بسلف بزيادة، أي: يعد المشتري كأنه أسلف البائع حمارًا يقضيه منه إلى أجل على أن أسقط البائع عنه العشرة التي له في ذمته، وهذا سلف بزيادة.

ويُفسَخُ الثَّانِي مِن بُيُوعِ الآجَالِ باتِّفَاقٍ دُونَ الأَوَّلِ عَلَى الأَصَحِّ

يعني: إذا وقعت بياعات الآجال على الوجه الممنوع، كما لو باعها بعشرة إلى شهر ثم

اشتراها بثمانية نقدًا، فقال المصنف، والمازري: يفسخ البيع الثاني باتفاق، أي: إذا كانت السلعة قائمة، كما يدل عليه كلامه بعد.

فإن قيل: ففي الاتفاق نظر؛ لأن اللخمي حكى عن ابن عبدوس أنها لا تفسخ، ولكن لا يكون للمشتري الثاني ـ وهو البائع الأول ـ إذا حل الأجل الأول إلا ما خرج من يده.

قيل: قد نازعه المازري في نقل هذا القول هكذا، وقال: الذي نقله غيره من هذا القول أنه يمنع من رد المبيع من يد مبتاعه الأخير بشرط أن يفوت، فيحتمل أن يقول كقوله بإمضاء البيعتين مع الفوات، كما سيأتي.

وقوله: **(دُونَ الأَوَّلِ عَلَى الأَصَحِّ)** هو قول ابن القاسم في «المدونة»[1]؛ لأن الفساد إنما دار مع الثاني وجودًا وعدمًا، وبالقياس على اقتضاء الطعام من ثمن الطعام وشبهه.

ومقابله لابن الماجشون: فسخ البيعتين، قال: إلا أن يصح أنهما لم يتعاملا على العينة، إنما وجدها تباع فابتاعها بأقل من الثمن، فتفسخ البيعة الثانية فقط.

ووجهه: أن الفساد إنما حصل من مجموع البيعتين؛ لاتهامهما أنهما قصدا دفع القليل في الكثير؛ ولأنه ظاهر قول عائشة ـ رضي الله عنها ـ فقد روى مالك عنها: أن محبة ـ أم ولد لزيد بن أرقم ـ ذكرت لعائشة ـ رضي الله عنها ـ أنها باعت من زيد عبدًا بثمانمائة إلى العطاء، ثم ابتاعته بستمائة نقدًا، فقالت عائشة: بئس ما شريت وبئس ما اشتريت، أبلغي زيدًا أن قد بطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب. فقالت لها: أرأيت إن تركت المائتين وأخذت ستمائة؟ فقالت: نعم ﴿**فَمَن جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ**﴾ [البقرة: ٢٧٥][2].

وظاهره فسخ البيعتين. ورواه بعضهم: «بئس ما شريت»، «أو بئس ما اشتريت» على الشك من الراوي.

وفي هذا الخبر دليل على المنع فيما قلناه من هذه البياعات.

أبو محمد: ولم تطلق عائشة ما قالت إلا وتحريم ذلك عندها مقرر.

ابن يونس[3]: يريد أن ذلك لا يعلم قياسًا، وإنما يعلم من طريق التوقيف من

---

(١) «المدونة» (٣/ ١٦٧).

(٢) أخرجه الدارقطني (٣/ ٥٢) والبيهقي في «الكبرى» (١٠٥٧٩).

(٣) «الجامع» (٨ / ٢٠١).

النبي ﷺ.

وقــول من قال مــن أصحــابنا: لعلهــا إنما قــالت ذلك لوقــوع البـيع إلى العطاء وهو مجهــول، ليس بظاهر؛ لأن المنقول عن عائشة ـ رضي الله عنهــا ـ جواز البيع إلى العطاء، ولأن آخر الآثار ينافيه.

وضعف بعض الشـيوخ هذا الخبـر لما فيه من قــولها: (أبطل جــهاده) وظاهره: إبطال الذنوب للأعمال، وهو خلاف كتاب الله، وحديث نبيه ﷺ، ومذهب جماعة أهل السنة.

عـيـاض: ووجه تأويل قولها عندي ـ على موضوع كــلام العرب ومجاز لفظها ـ أنها رأت أن مقارفة هذا الذنب من مـثله والاقتداء به فيه، واقتداء من يأتي بــعده بفعله ويجعله حجة بين الله وبينه، مما يرجح مجموع هذا في الميزان على جهاده مع النبي ﷺ.

فَإِن فَاتَت فِي يَدِ الْمُشتَرِي الثَّانِي والقِيمَةُ أَقَلُّ فُسِخَا عَلَى الأَصَحِّ

الفوات هنا يكون بحوالة السوق وغيرها كمــا في البيوع الفاسدة، ونص عليه سحنون هنا، وقيل: لا تفيتها حوالة سوق وإنما تفيتــها العيوب المفسدة أو ذهاب عينها، ونقل أيضًا عن سحنون، وابن كنانة، وإليه ذهب التونسي وغيره.

يعني: فإن فاتت السلعة بيد البائع الأول ـ وهو المشتري الثاني ـ وكانت قيمتها أقل من الثمن الأول ـ كمــا لو كانت قيمــتها ثمانيــة والثمن الأول عشرة ـ فــسخت البيعتــان معًا، ويكون للبائع على المشتري الثمن الذي دفع إليه، وعبر بعضهم عن الأصح بالمشهور.

ووجهه: أنا لو فسخنــا الثانية خاصة لزم دفع القيمة معــجلاً وهي أقل، ثم يأخذ عنها عند الأجل أكثر، وهو عين الفساد الذي منعنا منه ابتداء، بخلاف ما إذا لم تفت كما تقدم، أو فاتت وكانت القــيمة مساوية للثمن الأول أو أكــثر، فإنا إذا فسخنا الثــانية بقيت الأولى على حالها فلا يلزم مــحذور، وهذا الأصح من مذهب ابن كنانة وسحنون، وتأول ابن أبي زمنين مذهب ابن القاسم عليه.

والذي نقله اللخـمي والمازري وغيــرهما عــن ابن القاسم فــسخ البيــعتين مع الفــوات مطلقًا؛ لأن البيعتين لما ارتبطت إحداهما بالأخرى صارتا في معنى العقد الواحد.

وصرح ابن شاس(١) بأنه المشهور.

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٥١).

وعلى هذا ففي المسألة ثلاثة أقوال، ولابن مسلمة رابع بفسخ الـبيعة الثانية مع القيام، فإن فاتت السلعة مضت البيعتان؛ للخلاف في جواز هذه البيوع ابتداء.

ويفهم من تقيـيده الفوات بأن تكون بيد المشـتري الثاني أنها لو فـاتت في يد المشتري الأول لفسخت الثانية خاصة، وهو اختيار الباجي[1]، قال: ولم أره نصا.

بَيعُ أَهلِ العِينَةِ

لما فرغ من بيـوع الآجال التي لا تخص أحدًا أعـقبهـا ببيع أهل العـينة؛ لاتهام بعض الناس فيها.

والعينة: بكسر العين، وهي فعلية من العون؛ لأن البائع يستعين بالمشتري على تحصيل مقاصده.

وقيل: من العناء وهو تجشم المشقة.

وقال عياض: سميت بذلك لحصول العين وهو النقد لبائعها، وقد باعها بتأخير.

مـثل: اشتَـرِ لِي هَذِهِ وأُربحُكَ، فَـإِن سَمَّى الثَّـمَنَ وأَوجَبَ البَـيعَ إِلَى أَجَلٍ فَسلَفٌ جَـرَّ مَنفَعَةً...

أي: فإن قال له: اشـتر لي وأنا أربحك وسمى الثـمن، كما لو قال له: اشـتريها لي بعشرة وأنا أشتريها باثني عشر إلى أجل فإنه لا يجوز؛ لأنه سلف جر منفعة، ولا فرق بين أن يقول: اشتر لي وأربحك، أو اشتر وأربحك في هذا.

نعم بين الصيغتين فرق من وجه آخر سيأتي.

وإِن كَانَ نَقدًا فَقَولانِ: يَجُوزُ بجَعلِ المِثلِ، ويُمنَعُ

أي: وإن كان الثمن الذي أوجبـا به البيع نقدًا، مثل: اشتر لي سلعـة كذا بعشرة وأنا أشتريها منك باثني عشر نقدًا ، ففيها قولان:

أحدها: الجواز، ويكون للمأمور جعل المثل.

والثـاني: المنع؛ لأنه من بيع ما ليس عندك، وتبع المصنف في هذه المسألة ابن بشير، وابن شاس[2].

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٩٣).

(٢) «الجواهر» (٢ / ٤٥٢).

والصواب: جوازها إن كان النقد من الآمر، أو من المأمور بغير شرط؛ لأنه لما قال له: اشترها لي ولك كذا، فقد استأجره بدينارين على اشتراء السلعة، وإن كان النقد من المأمور بشرط فـإجارة فاسدة؛ لأنه اسـتأجره بدينارين على أن يبـتاع له السلعة ويسلفـه ثمنها من عنده، هكذا نقله ابن رشد[1]، وابن زرقون وغيرهما.

وإِن لَم يُسَمِّ، فَجَعَلَ المِثلَ

أي: وإن لم يسم الثـمن ولم يوجب البـيع، فـعلى الآمـر جـعل المثل، ولم يصـرح المصنف بأنها جائزة أو لا.

ونص عياض على المنع إذا قال: اشـتر لي وأنا أربحك كذا وإن لم يسم ثمنًا، وأنه ربا ويفسخ.

وأما إن قال له: اشتر سلعـة كذا وأنا أربحك فيها وأشتريها منك من غـير تسمية ربح ولا مراوضة، فنص ابن حـبيب على الكراهة، قال: وإن وقع مضى. وكـذلك قال مالك: لا أبلغ فيه الفسخ.

عياض: وكذلك كـرهوا أن يقول له: لا يحل في أن يعطيك ثمانين بمائة، ولكن هذه السلعة قيمتها ثمانون خذها بمائة.

وقد قسم ابن رشد[2] وعياض العينة إلى ثلاثة أقسام: جائز، وممنوع، ومكروه.

فالجائز: أن يمر الرجل بالرجل من أهل العينة، فيقول له: هل عندك سلعة كذا أبتاعها منك؟ فيقول: لا، فينقلـب من غير مراوضة ولا تسمية ربح ولا وأي ولا عادة فـيشتريها، ثم يلقاه بعد فيخبره أنه قد اشتراها، فيبيعها بما شاء منه نقدًا أو نسيئة.

والمكـروه: أن يقول: اشتر لي سلعة كذا وأنا أربحك وأشـتريها منك من غير مراوضة ولا تسميـة ربح، ولا يصرح بذلك ولا يعرض، فهذا هو الذي قاله ابن حـبيب يكره، فإن وقع مضى، وكذلك قال ابن نافع عن مالك كما تقدم.

والحـــرام : أن يراوضه على الربح ويســمي الثمن، أو يقول : أنا أشـتريها على أن تربحني فيها كذا، أو العشرة من كذا.

(١) «البيان والتحصيل» (٧ / ٨٨).

(٢) «المقدمات» (٢/ ٥٠ ـ ٥٦).

ابن حبيب: فهذا حرام، قال: وكذلك لو قال اشترها لي وأنا أربحك، وإن لم يسم ثمنًا. قال: وذلك كله ربا، وليس فيه إلا رأس المال.

وقسم ابن رشد هذا الممنوع على ستة أقسام: ثلاث في قوله: (اشتر لي) وثلاث في قوله: (اشتر) دون أن يقول: (لي).

فأما الثلاث الأول؛ فالأولى: أن يقول اشتر لي سلعة بعشرة نقدًا وأنا أشتريها باثني عشر نقدًا، وحكمها ـ كما تقدم ـ : إن كان النقد من عند الآمر أو المأمور بغير شرط فهي جائزة، وإن كان من عنده بشرط فهي إجارة فاسدة؛ لأنه أعطاه الجعل على أن يسلفه، فهي إجارة وسلف، وللمأمور الأقل من الدينار أو جل مثله على مذهب ابن القاسم في السلف والبيع.

وعلى قول ابن حبيب: إذا قبض السلف يكون له أجر مثله بالغًا ما بلغ.

وقال ابن المسيب: لا أجر له.

ابن رشد، وابن زرقون: وهو الأصح؛ لئلا يكون تتميمًا للفاسد.

الصورة الثانية: أن يقول اشترها لي بعشرة نقدًا وأنا أشتريها منك باثني عشر إلى أجل، وهي الصورة التي ذكرها المصنف أولاً، فهي أيضًا غير جائزة؛ لأنه سلف بزيادة، وتلزم الآمر لأن الشراء كان له، وإنما أسلفه المأمور ثمنها ليأخذ أكثر منه إلى أجل، فيعطيه العشرة معجلة به ويسقط عنه ما أربى.

واختلف فيما يكون له من الجعل على الأقوال الثلاثة.

الصورة الثالثة: أن يقول اشترها لي باثنى عشر إلى أجل وأنا أشتريها بعشرة نقدًا. فهي أيضًا غير جائزة حرام؛ لأنه استأجر المأمور على أن يبتاع له السلعة بسلف عشرة دنانير يدفعها إليه فينتفع بها إلى الأجل ثم يردها إليه، فيلزم السلعة باثني عشر إلى أجل، ولا يتعجل المأمور منه العشرة النقد، فإن كان قد دفعها إليه وصرفها عنه ولم تترك عنده إلى الأجل، كان له جعل مثله بالغًا ما بلغ في هذا الوجه باتفاق.

وأما الثلاث الأخر، فهي كهذه إلا في إسقاط (لي):

الأولى: اشتر سلعة كذا بعشرة نقدًا وأنا أشتريها منك باثني عشر نقدًا، أو قال: أنا أربحك، فاختلف فيها قول مالك؛ فمرة أجازه إذا كانت البيعتان نقدًا وانتقد، ومرة كرهه

للمراوضة التي وقعت بينهما في السلعة قبل أن تصير في ملك المأمور.

والصورة الثانية: أن يقول اشتر سلعة كذا بعشرة نقدًا وأنا أشتريها منك باثني عشر إلى أجل، فهذا لا يجوز.

ابن حبـيب: ويفسخ البيع الثاني إن لم تفت، فإن فاتت ردت إلى قـيمتها معجلة يوم قبضها الآمر، كما يصنع بالبيع الحرام؛ لأنه باع ما ليس عنده.

وروى سحنون عن ابن القاسم عن مالك: إذا وقع مـضى ويلزم الآمر الاثنا عشر إلى أجلها؛ لأن المأمور كان ضامنًا لها، ولو شاء الآمـر ألا يشتريها منه كان له ذلك، ويستحب للمأمور أن يتورع فلا يأخذ من الآمر إلا ما نقد.

الصـورة الثالثـة: أن اشترها باثني عـشر إلى أجل وأشتريها منك بعشـرة نقدًا، فروى سـحنون عن ابن القاسم أنه مكـروه، ويمضي إن فات ولا يكون على الآمـر إلا العشـرة، وظاهر هذه الرواية: أن البيع الثاني يفسخ ما لم تفت السلعة.

وقـال ابن حبـيب: يفسخ البيع الثاني على كل حال، وإن فـاتت ردت إلى قيمتها يوم القبض.

تنبيه :

ما تقدم من تقسيم المسألة لثلاثة أوجه قاله غير واحد، وزاد عياض وجهًا رابعًا مختلفًا فيـه، وهو: ما اشتري ليـباع بثمن بعضـه معجل وبعـضه مؤجل، وظاهر مسـائل الكتاب والأمهات جوازه، وفي «العتبية» كراهته لأهل العينة.

الخِيَـارُ تَرَوٍّ ونَقِـيصَـةٌ، فَالتَّـرَوِّي بِالشَّرطِ لاَ بالمَجلِسِ كَـالفُقَـهَاء السَّبعَـةِ، ابنُ حَبِـيبٍ: وبِالمَجلِسِ لِحَدِيث «المُوَطَّأ»...

وسمي التروي من الرأي؛ لأنه يرى فـيه رأيه وينظر هل هي غالية أو رخـيصة؟ وهل فيها عيب أو لا؟ وخيار النقيصة ما كان من جهة المبيع.

وجعل الخيار قسمين؛ لأن موجبه إما من جهة العاقد أو المعقود عليه، أو يقال: إما أن يكون موجـبه مصاحـبًا للعقد أو مـتقدمًا، والأول فـيهما هو التـروي، والثاني فيهـما هو النقيصة.

وخيار التروي مستثنى من بيع الغرر للتردد في العقد، لكن أجازه الشرع ليدخل من له الخيار على بصيـرة من الثمن والمثمون، ولهذا قال الشـافعي ـ رضي الله عنه ـ: لولا الخبر

عن رسول الله ما جاز الخيار أصلاً لا في ثلاث ولا في غيرها.

وفرع الخيار فرع على البيع اللازم؛ لأن الغالب هو اللازم، ولأنه إنما يكون بالشرط. وقوله: **(فَالتَّرَوِّي بِالشَّرْطِ لاَ بِالمَجلِس)** تنبيه على خلاف الشافعي في قوله بخيار المجلس ما لم يتفرقا.

وحكى ابن شاس[1] والمصنف وغيرهما أنه قال: كقولنا الفقهاء السبعة.

وذكر المازري، وصاحب «الإكمال»[2] أن سعيد بن المسيب لا يقول بخيار المجلس، وهو من الفقهاء السبعة بلا خلاف، وعلى هذا، ففي قوله: **(كَالفُقَهَاءِ السَّبعَةِ)** نظر، وكأن المصنف ـ والله أعلم ـ أضاف الحديث «للموطأ»[3] لينبه على أنه لا ينبغي أن يقال هنا أن مالكًا لم يعلم الحديث، بل علمه ورواه، ونبه على أنه إنما ترك ذلك لما هو راجح عنده، فقد قال ـ رحمه الله ـ في «الموطأ» بعقبه: وليس لهذا حد معروف ولا أمر معمول به فيه.

ابن العربي[4]: يريد أن تفرقتهما ليس لها وقت معلوم، وقال: وهذه جهالة يقف البيع عليها، فيكون كبيع الملامسة والمنابذة، أو كبيع على خيار إلى أجل مجهول، وما كان كذلك فهو فاسد.

وإلى هذا التأويل ـ أعني: أنه قصد أن الحديث مخالف لعمل أهل المدينة ـ ذهبت المغاربة وبعض البغداديين.

وذهب ابن القصار وحذاق أئمتنا البغداديين: أن كلام الإمام راجع إلى آخر الحديث: (إلا بيع الخيار) أي: ليس لبيع الخيار حد معروف، بل بحسب ما تختبر فيه السلعة، خلافًا لأبي حنيفة والشافعي أنه ثلاثة أيام في كل شيء.

وقد أكثر أهل المذهب والحنفية من الأجوبة عن هذا الحديث.

وقد أتى بأكثرها المازري في «شرح التلقين»، وابن دقيق العيد في «شرح العمدة»[5].

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٥٦).

(٢) «الإكمال» (٥/ ١٥٧).

(٣) «الموطأ» (٢/ ٦٧).

(٤) «المسالك في شرح موطأ مالك» (٦ / ١٥٣)، و«عارضة الأحوذي» (٦/ ٦).

(٥) «إحكام الأحكام» (٢ / ١٠٤) حديث (٢٥٤).

وحدُّهُ يَختَلِفُ باختِلافِ السِّلَعِ بقَدرِ الحَاجَةِ، فَفيهَا: فِي الدَّارِ الشَّهْرُ ونَحْوُهُ، وقِيلَ الشَّهْرَانِ...

تصوره واضح، وطول زمن الخيار في الدار؛ لأنه يحتاج إلى النظر في حيطانها وأساسها ومرافقها ، واختبار جيرانها ومكانها مع كونها مأمونة لا يسرع إليها التغيير.

وفي قوله: (**بقَدْرِ الحَاجَةِ**) إشارة إلى أنه يضرب من الأجل أقل ما يمكن تقليلاً للغرر المذكور.

وما نسبه المصنف «للمدونة»، المتيطي: هو المشهور من مذهب مالك وأصحابه، والقول بالشهرين في «الموازية»، وقاله ابن حبيب في «الواضحة»، ونقل عن ابن القاسم، وقال: الأرضون كلها كذلك.

ابن يونس[(١)]، **وابن رشد**: والربع مساو للدار، وجعلا ما في «الموازية» و«الواضحة» من الشهرين تفسير «للمدونة» لا خلافًا كما فعل المصنف.

ابن عبد السلام: وينبغي أن يفترق حكم الدار من الأرض؛ لأن الحاجة إلى اختيار الدور أكثر.

وفي «الإكمال»[(٢)]: عن الداودي: أن المدة في الدار الشهران والثلاثة.

وحكى الخطابي عن مالك في الضيعة السنة.

فرع:

ولا يجوز على مذهب ابن القاسم أن يشترط في الخيار سكنى الدار مدة الخيار؛ لأن اختبار ذلك مما يعرف بالنظر إليها.

وقال غير واحد من شيوخ المذهب: يجوز ذلك في الدار ؛ لأنه بذلك يختبر جيرانها ويعرف الصالح من الطالح.

قال القابسي، واللخمي: إن كان المشتري من أهل المحلة فلا يمكن من سكناها؛ لأنه عالم بالجيران، وإن لم يكن من المحلة جاز.

---

(١) «الجامع» (٨ / ٤١٤).

(٢) «الإكمال» (٥/ ١٦٠).

وفِيهَا: فِي الرَّقِيقِ الجُمُعَةُ ونَحوُهَا، وقِيلَ: شَهْرٌ لِكِتْمَانِه عُيُوبَهُ

نقل «المدونة» على المعنى تبعًا لابن شاس[1]؛ لأنها إنما فيها الجارية لكن لا فرق فيها، والجارية مثل الخمسة الأيام والجمعة وشبه ذلك لاختبار حالها.

ابن المواز: وأجاز ابن القاسم الخيار في العبد إلى عشرة أيام.

محمد: وإن وقع في العبد أو الأمة إلى عشرة أيام لم أفسخه، وأفسخه في الشهر.

والقول بالشهر رواه ابن وهب عن مالك.

ابن المواز: وأباه ابن القاسم وأشهب.

وقوله: (**لِكِتْمَانِه عُيُوبَهُ**) يحتمل أن يكون تعليلاً لرواية ابن وهب، ويحتمل أن يكون تعليلاً لطول المدة في الرقيق بالنسبة إلى ما يذكره في الدواب والثياب.

فإن قيل: التعليل بكتم العيوب ليس موجودًا في الصغير.

قيل: التعليل بالمظنة وهو كونه رقيقًا؛ لأن الوقت الذي يكتم فيه عيوبه لا ينضبط كالمشقة في السفر.

وفِيهَا: تُرْكَبُ الدَّابَّةُ اليَوْمَ وشِبْهَهُ، ولاَ بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِطَ الْبَرِيدَيْنِ، هَذَا فِي الرُّكُوبِ، وإِلا فَتَجُوزُ الثَّلاَثَةُ...

أي: أمد الخيار في الدابة يختلف باختلاف ما يريده المشتري، فإن أراد اختبار حالها بالركوب، فنص ابن القاسم في «المدونة»[2] على جواز اشتراط اليوم وشبهه والبريد.

الباجي[3]: يحتمل أن يريد ركوب اليوم في المدينة على حسب ما يركب الناس في تصرفاتهم، والبريد والبريدان لمن خرج من المدينة يختبر سيرها.

ونحوه للخمي قال: إن كان قصده معرفة حسن سيرها فاليوم وبعض اليوم يجزئ من ذلك حسن، وإن أراد سفرًا ليختبر سيرها وصلابتها فالبريدان في ذلك حسن.

قوله: (**ولاَ بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِطَ الْبَرِيدَيْنِ**) هذا الكلام لأشهب في «المدونة».

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٥٧).

(٢) «المدونة» (٣/ ٢٠٦).

(٣) «المنتقى» (٦/ ٤٣٢).

واختلف الشيوخ في قول ابن القاسم: البريد، وقول أشهب: البريدين، فحمله بعضهم على البريد في الذهاب والرجوع، وكذلك البريدان.

وقال أبو عمران: البريد للذهاب خاصة وللرجوع مثله، وكذلك البريدان للذهاب وللرجوع مثلهما.

وعلى هذا يصح اشتراط سيرها يومين؛ إذ ليس كل دابة تمشي أربعة برد من يومها، وإنما تقطع ذلك الدابة القوية، وعلى هذين التأويلين فابن القاسم، وأشهب مختلفان.

عياض: وقد يحتمل موافقة القولين بريد في الذهاب على قول ابن القاسم، وبريدان أحدهما في الذهاب والآخر في الرجوع على قول أشهب.

وإذا تقرر هذا فاعلم أن نقل المصنف لهذه المسألة ليس كما ينبغي، إذ لم يبين أن الكلام الأول لابن القاسم، ولا أن الثاني لأشهب، ولا هل هو خلاف أو وفاق، ولكن ظاهر كلامه الموافقة؛ لكونه ساقهما مساقًا واحدًا.

واختلف: هل للمشتري أن يركب الدابة بمقتضى عقد الخيار ليختبر سيرها وحملها من غير أن يشترط ذلك وهو مذهب أبي عمران، أو ليس له ذلك حتى يشترط وهو مذهب أبي بكر بن عبد الرحمن؟ عياض: وقول أبي بكر هو الصحيح.

قوله: **(وإِلاَ فَتَجُوزُ الثَّلاثَةُ)** أي: وإن لم يقصد الركوب بل كان القصد تقليبها واختبار حالها، جاز أن يوسع في المدة، نص على ذلك ابن حبيب.

وفِي الثَّوْبِ الثَّلاثَةُ ولاَ يَشْتَرِطُ لِبَاسَهُ، بِخِلاَفِ اسْتِخْدَامِ الرَّقِيقِ

جعلوا الزمان في الثوب كالدابة، وإن كانت الدابة تفتقر في العرف إلى زمان أطول من زمان الثوب؛ لأنه لا يحتاج فيه إلا إلى قياسه ومعرفة الثمن خاصة.

الباجي(١): لأنه لا يسرع إليه التغير ولا يشترط لباسه.

قال في «المدونة»(٢): لأنه لا يختبر باللباس كما تختبر الدابة بالركوب والعبد بالاستخدام، لأنه إنما يحتاج إلى قياسه ليعرف طوله وعرضه.

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٤٣٢).

(٢) «المدونة» (٣/ ٢٠٧).

فرع:

فإن شرط لباسه، فقالوا: يفسد العقد، فإذا فسخ لزمه الكراء لأجل اللبس.

ابن يونس[١]: بلا خلاف. ولم يجعلوه كسائر البيوع الفاسدة إذا فسخت، فإنه لا يلزم المشتري رد الغلة.

وذكر ابن يونس عن بعض الأصحاب أنه اختلف إذا فسد البيع باشتراط النقد، هل ضمانها من البائع، أو من المبتاع؟

ابن يونس: فعلى أن الضمان من المبتاع لا يكون عليه الشيء في اللبس كسائر البيوع الفاسدة.

وتأمل كلام ابن يونس، فإن حكايته الخلاف ثانيًا يخالف ما حكاه أولاً من الاتفاق، وقاله أبو الحسن.

ولا يُغَابُ عَلَى مَا لاَ يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ؛ لأَنَّهُ يَصِيرُ تَارَةً بَيْعًا، وَتَارَةً سَلَفًا

يعني: أنه يجوز شراء ما لا يعرف بعينه على الخيار كالمكيل والموزون، فإذا اشترى على الخيار لم يجز على شرط غيبة المشتري عليه؛ لأنه إن مضى البيع فيه كان بيعًا، وإن لم يمض وجب رده، وقد يكون تصرف فيه ويرد مثله فيكون ذلك سلفًا.

ولم يذكر المصنف مدة الخيار كما في «المدونة»، قال: ومن اشترى شيئًا من رطب الفواكه والخضر على أنه بالخيار، فإن كان الناس يشاورون في هذه الأشياء غيرهم ويحتاجون فيها إلى رأيهم فلهم من الخيار في ذلك بقدر الحاجة مما لا يقع فيه تغيير ولا فساد.

وأطلق المصنف في قوله: **(وَلاَ يُغَابُ)** ومراده: الغيبة بالشرط، وإلا فلو تطوع البائع بإعطاء السلعة للمشتري جاز لأن التعليل يرشد إليه؛ لأنه إنما يكون تارة بيعًا وتارة سلفًا مع الاشتراط كما في الثمن.

فإن قيل: هل يصدق قوله: (ولا يغاب) على البائع كالمشتري.

قيل: ظاهره كذلك.

وقد نص في «الموازية» على امتناع غيبة البائع أيضًا على ما لا يعرف بعينه، قال:

---

(١) «الجامع» (٨ / ٤١٣).

ويخرج عنهما جميعًا.

والتعليل المذكور حاصل، ويـقدر كأن المشتري التزمه وأسلفـه، فيكون بيعًا إن لم يرده وسلفًا، إن رده. وأجاز بعض الشيوخ أن يبقى عنده، قال: لأنه عين شيئه.

فرع:

ولا يجوز في شيء من السلع أن تكون مدة الخيار فيه مجهولة، فإن عقدا على ذلك، كقـولهمـا: إلى قدوم زيد ولا أمارة عنـدهم على قدومه، أو إلى أن يولـد لفلان ولد ولا حمل عنده، أو إلى أن ينفق سـوق السلعة ولا سلعة، أو يغلب على الظن عرفًـا أنها تنفق فيه، إلى غير ذلك مما يرجع إلى الجهل بالمدة فالبيع فاسد.

لكن إن وقع العـقد على أنه بالخـيار ولم يعين مـدة معلومة ولا مـجهـولة، فالعـقد صحيح، ويحتمل على خيار مثل السلعة كما تقدم، ولو زاد في مدة الخيار على ما هو أمد خيارها فسد البيع.

وَالنَّقْدُ بِغَيْرِ شَرْطٍ جَائِزٌ، وَفِي فَسَادِ الْبَيْعِ بِاشْتِرَاطِهِ قَوْلَانِ

قد تقدم نظائر هذه المسألة، والمعروف مع الاشتراط الفساد.

ابن مـحرز: ومن المذاكرين من يذهب في هذه المسألة مذهب البيع والسلف، ويقول: إذا أسقط البائع الشرط كان البيع جائزًا.

وذكر في «المقدمات»(١): أن هذا القول هكذا في «كتاب سحنون».

وَلَوْ طَلَبَ وَقْفَهُ كَالْغَائِبِ وَالْمُوَاضَعَةِ عَلَى الْمَشْهُورِ فِيهِمَا لَمْ يَلْزَمْ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَنْبَرِمْ

يعني: لو طلب البائع وقف الثمن؛ أي: إخراجه من يد المشتري ووضعه على يد أمين حتى يتبين مآل أمر البيع، هل يتم فيأخذه البائع أو لا فيرجع إلى يد المشتري؟

والمشهور راجع إلى الغائب والمواضعة لا إلى الخـيار؛ لأن بعضهم حكى في بيع الخيار الاتفاق.

وفرق بينه وبين الأمة المتـواضعة وبيع الغائب بما ذكره المصنف، وهو أن البيع فـيها قد انبرم وبيع الخيار لم ينبرم.

---

(١) «المقدمات» (٢/ ٩١).

وحكى ابن عبد السلام عن بعض الشيوخ: أنه جعل الاتفاق من حق البائع، وقاسه على الغائب والمواضعة.

وَلَوْ زادَ عَلَى مُدَّةِ الخِيَارِ انْفَسَخَ وإِنْ أَسْقَطَهُ مُشْتَرِطُهُ

تصوره واضح، وقد تقدم.

ولَوْ أَسْقَطَ شَرْطَ النَّقْدِ لَمْ يَصِحَّ، بخِلافِ مُسْقِطِ السَّلَفِ، وقِيلَ: مِثْلُهُ

هكذا ثبت في نسخة صحيحة، وهو كالتكرار مع قوله: وفي فساد البيع باشتراطه قولان.

لكن ذكره لفوائد ليبين أن الفساد حاصل على القول به، ولو أسقط الشرط وإن عدم الفساد على القول به إنما هو مع إسقاط الشرط، ويشير إلى طلب الفرق بين هذه المسألة على المشهور، ومسألة البيع والسلف.

والفرق على المشهور بينه وبين مسقط السلف: أن الفساد في اشتراط النقد واقع في الماهية؛ لأنه غرر في الثمن، إذ المقبوض لا يدري هل هو ثمن أم لا؟ ومسألة شرط السلف الفساد خارج عن الماهية.

وإِذَا اشْتَرَى أَوْ بَاعَ عَلَى مَشُورَةِ فُلانٍ، فَلَهُ الاسْتِبْدَادُ وإِنْ لَمْ يُشَاوِرْ، وقِيلَ: إِنْ كَانَ بَائِعًا...

يعني: أن من اشترى سلعة أو باعها على أن يشاور غيره، ثم أراد أن يبرم البيع أو الشراء دون مشورة، فإن كان بائعًا فله ذلك اتفاقًا، وكذلك له الاستبداد إن كان مشتريًا على المشهور، على ما حكاه المصنف، إذ لا يلزم من الاستشارة الموافقة. ومن حجته أن يقول: هب أني اشتريته فلا مانع لي من مخالفته.

والتحقيق عندهم: التسوية بين البائع والمشتري في المشورة والرضا والخيار.

وحكى عياض وابن رشد[1] أنه لا خلاف منصوص أن لمشترط المشورة تركها، قالا: إلا ما تأول التونسي على «الموازية» أن المشورة كالخيار.

ونقل ابن أبي زيد أن ابن مزين حكى عن ابن نافع: أنه يرى لفظ المشاورة كلفظ الخيار والرضا.

---

(١) «المقدمات» (٢/ ٩١).

المـازري: وتعقب عليه هذا النقل بأن الـذي ذكره ابن مزين عن ابن نافع، أنه إن باع على مشورة فلان على أن فلانًا إن أمضى البيع مضى بينهما.

وهذا اللفظ يقتضي وقف البيع على اختيار فلان، بخلاف ما إذا كانت المشورة مطلقة، ونحوه للخمي.

وهكذا أيضًا رد صاحب «المقدمات» ما تأوله التونسي على «الموازية»، وقال: الذي في «الموازية» إنما هو في مشورة مقيدة.

وكذلك قال عياض: إن ما تأوله التونسي غير صحيح.

ولم أر القول الذي ذكره المصنف بالتفرقـة بين البائع والمشتري، ولعله لاحظ أن البائع أقوى يدًا لتقدم ملكه.

وفهم من كلام المصنف جواز الشراء على مشاورة فلان، وما في معناه وهو المشهور.

وروى أصبغ عن ابن القاسم منعه، كمذهب أحمد بن حنبل.

ورواه أيضًا سحنون عنه ثم رجع إلى الجواز، ولعله مبني عـلى أنه رخصة فلا يتعدى المتعاقدين.

فَإِنْ كَانَ عَلَى رِضَاهُ فَقِيلَ: مِثْلُهَا، وقِيلَ: لاَ يَسْتَبِدُّ

أي: فإن اشترى أو باع على رضا فلان.

وقوله: **(مِثْلُهَا)** أي: في الخلاف، ويحتمل في القول الأول وهو الاستبداد، ويرجح هذا بوجهين:

أولهـمـا: أن ابن عبد السلام قال في الزكاة: إن المصنف إذا شـبه مسألة بأخرى وكان قدم في المشبه بها مشهورًا أو راجحًا، فإنه يشبه فيه فقط.

وثانيهما: أن ما يذكره المصنف بعد هذا في الخيار ينفي أن يكون مراده بالتشبيه التشبيه في جميع ما تقدم، كما ستقف عليه.

والقول بأنه يستبد في الرضا، سواء كان بائعا، أو مشتريا نقله عبد الوهاب[1] عن ابن القاسم، ونقل عنه قـولاً آخر: أن للبائع أن يخالف خـيار من اشترط خـياره أو رضاه دون

---

(١) «المعونة» (٢/ ١٠٤٦).

المشتري.

ابن يونس[1]: فلم يختلف قوله: إن البائع له أن يخالف، وإنما اختلف في المشتري.

قوله: (**وَقِيلَ: لاَ يَسْتَبِدُّ**) ظاهره: كان بائعًا أو مشتريًا، وهذا القول هكذا تأول على «المدونة».

وعلى هذا فيتحصل في كل من الرضا والخيار ثلاثة أقوال:

ثالثها: يستبد البائع دون المشتري.

والفرق ظاهر «المدونة»؛ لأن فيها: إذا اشترى على رضا فلان أو خياره، فليس للمبتاع رد ولا إجازة دون خيار من اشترط رضاه.

وقال في البائع: إذا اشترط رضا فلان فرضي فلان أو رضي البائع، فالبيع جائز.

ابن راشد: وحمل ابن أبي زيد وغيره «المدونة» على هذا الظاهر؛ لقوة يد البائع وتقدم ملكه.

عياض: وذهب جماعة في تأويل «المدونة» إلى التسوية بينهما، وأنه ليس لواحد منهما خلاف، ورأوا أنه لما نص فيها على أن المشتري ليس له المخالفة يرد كلامه في البائع إلى ذلك.

ويكون معنى قوله: أو رضا البائع. أي: مع رضا الآخر.

وذهب آخرون إلى التسوية بينهما أيضًا، لكنهم يجعلون من له الرضا كالوكيل لهما، وأن لمشترط رضاه الرضا دونه، لكنهم يقولون: إن سبق من جعل له الرضا بالرضا أو الرد مضى فعله ولم يرد، كالوكيل مع موكله، اشترطا ذلك معًا أو أحدهما، ونحوه في «الموازية» وهو اختيار ابن محرز، وأشار إليه أبو إسحاق في البائع.

ويلزمه ذلك في المبتاع، واستدلوا بقوله في «المدونة»[2]: فإن رضي البائع أو رضي المبتاع، فهو جائز، وفيه نظر.

وقال آخرون: هو حق لهما جميعًا؛ حق للبائع إن أراد إمضاء البيع وأراد فلان الرد، وحق للمبتاع إن أراد فلان إمضاء البيع وأراد البائع الرد.

ومثله: إذا كان مشترطًا ذلك لفلان المبتاع وأراد الآخر الرد، فله ذلك وإن رد فلان،

---

(١) «الجامع» (٨/ ٤١٥).

(٢) «المدونة» (٣/ ٢١٣).

وكذلك إن أراد فلان الإجازة وأراد المبتاع الرد كان للبائع إلزامه البيع.

ففي اشتراط المبتاع على هذا يلزم البائع رضا المبتاع، ويلزم المبتاع رضا فلان.

وفي اشتراط البائع يلزم المبتاع رضا البائع، ويلزم البائع رضا فلان.

وتأول آخرون كلامه في المسألتين في الموضعين على اختلاف من قوله، لا أنهما اختلاف مسألتين.

فعلى ظاهر قوله في البائع أولاً له مخالفته يلزم مثله في المبتاع، وعلى قوله في المبتاع آخرًا: ألا يخالفه التفريق بين اشتراط البائع والمبتاع، وهذان القولان هما اللذان حكى عبد الوهاب.

ومنهم من تأول جوابه في المسألة أولاً أن البائع اشترط ذلك لنفسه خاصة، وجوابه آخرًا في المشتري أن الشرط لهما جميعًا.

ونحوه لأبي محمد بن أبي زيد وغيره من القرويين، وهذا الأصل عند الحذاق، وهو نص ما في «الواضحة»، واختيار ابن لبابة.

ومنهم من قال: إن (أو) في قوله: (فإن رضي البائع، أو رضي فلان البيع) بمعنى الواو، ومنهم من تأولها على الفرق بين الرضا والخيار، فإن اشترط رضا فلان فله أن يخالفه، وإن اشترط خياره فليس له أن يخالفه.

فَإِنْ كَانَ عَلَى خِيَارِهِ، فَقِيلَ: مِثْلُ رِضَاهُ، وقِيلَ: لاَ يَسْتَبِدُّ، وقِيلَ: الْجَمِيعُ سَوَاءٌ

هذا مما يبين لك أنه لم يرد بالتشبيه التشبيه في جميع ما تقدم؛ لأنه لو أراد ذلك لاستغنى عن قوله: (**وقِيلَ: لاَ يَسْتَبِدُّ**) وعلى هذا يكون المصنف إنما شبه الرضا بالمشورة في القول الأول وهو الاستبداد؛ لأنه أصل المذهب.

ثم حكى قولاً ثانيًا في الرضا بنفي الاستبداد، ثم شبه الخيار بالرضا في القول الأول وهو الاستبداد، ثم حكى قولاً ثانيًا وهو نفي الاستبداد، ثم قال: وقيل: الجميع سواء، فيستفاد منه قول ثالث في المشورة بنفي الاستبداد، ويستفاد فيها قول ثالث بالفرق بين البائع والمشتري.

هذا أنسب ما قيل، وفيه نظر؛ لأنه كان يمكنه أن يجمع الرضا والخيار والمشورة، ويذكر في الجميع ثلاثة أقوال.

ونقل عن أبي علي ناصر الدين أنه كـان يعتذر عنه بأن ما ذكره طرق لا أقـوال، وفيه نظر؛ لأنهم لم يذكروها طرقًا، ولا إشكال في وجود الثلاثة الأقوال في الخيار والرضا.

وأما المشورة: فـقد ذكرنا أن ابن رشد وغيره حكى الاتـفاق، وذكرنا أنا لم نطلع على القول الذي ذكره المصنف بالتفرقة فيها.

نعم يتحصل فيها ثلاثة أقوال على ما نقله المصنف من التفرقة.

وعلى ما نقله ابن أبي زيد عن ابن نافع، لكن قد قدمنا عليه الاعتراض في ذلك.

ابن عبـد السلام: والصواب التسوية بين البائع والمشتـري، والصواب التفرقة بين شرط المشورة والرضا، وأن الخيار كالرضا.

وَفِيـهَا: الْخِيَـارُ بَعْدَ الْبَتِّ لأَحَدِهِـمَا لازِمٌ، وَقِيـدَ إِنْ كَانَ نَقْدًا، وَإِلا أَدَّى إِلَى خِـيَارِ بَيْعِ الدَّيْنِ، وَفِي ضَمَانِهِ حِينَئِذٍ قَوْلانِ...

قال فيها: ومن اشترى سلعة من رجل ثم جعل أحدهما لصاحبه الخيار بعد تمام البيع، فذلك يلزمهـما إذا كان يجوز في مثـله الخيار، وهو بيع مؤتنف بمنزلة بيع المشـتري لها من غير البائع.

وقيدها أكـثر الشيوخ بشـرط أن يكون انتقد الثمن في سلعـة وإلا لم يجز ذلك؛ لأن البائع حينئذ يكون أخذ عن دين وجب له سلعة بخـيار وذلك لا يجوز، وإليه أشار بقوله: (**وَقِيد إِن كَان نَقْدًا، وَإِلا أَدَّى إِلَى خِيَارِ بَيْعِ الدَّيْنِ**) أي: بيع الدين بخيار.

وأبقى اللخمي «المدونة» على ظاهرها من الجواز مطلقًا.

فعلى هذا يكون هذا التقييد مخالفًا «للمدونة».

ولهـذا يقع في بعض النسـخ: (وقيـل) باللام على هذه الطريقـة، والنسـخـة الأولى أحسن؛ لأنها على طريق الأكثر.

ووجه مـا ذهب إليه اللـخمي: أن القصد بهذا التخـيير إنما هو تطييب نفس من جعل له، وليس المقصود منه حقـيقة البيع حتى يلزم عليه هذا المانع المذكـور؛ ولأن البيعة الأولى قد تمت، فإذا جـعل المشتري لبائعهـا الخيار، فقد صـار المشتري كبائع سلعـة على الخيار، وكأنها شيء ثان لا تعلق له بالأول.

وقوله: (**وَفِي ضَمَانِهِ حِـينَئِذٍ قَوْلانِ**) أي: أنه اختلف في ضمان المبيع على خيار بعد

بيعه على البت، ففي «المدونة»[(١)]: هو من المشتري لأنه صار بائعًا.

ابن يونس، والمازري وغيرهما: وظاهرها سواء جعل البائع الخيار للمشتري أو العكس، قالا: وروي عن المخزومي أنه قال: إن جعله البائع للمشتري فالضمان منه؛ لأنه خيار ألحقه بعقده فكأنه فيه، وإن جعله المشتري للبائع، فالضمان منه لأنه صار بائعًا.

وعلى هذا، فإن جعله المشتري فالضمان منه اتفاقًا، وإن جعله البائع فقولان، بناء على أن اللاحقات بالعقود هل تقدر واقعة فيها أم لا؟

فقد أطلق المصنف في محل التقييد.

والْمِلْكُ لِلْبَائِعِ، فَالإِمْضَاءُ نَقْلٌ لاَ تَقْرِيرٌ، وقِيلَ: لِلْمُشْتَرِي بالْعَكْسِ

يعني: أن المشهور أن بيع الخيار منحل والسلعة على ملك البائع، فإذا أمضى البيع كان ذلك نقلاً للسلعة إلى ملك المشتري.

والشاذ: أنه منبرم، فالإمضاء تقرير لما انبرم أولاً.

والْغَلَّةُ لِلْبَائِعِ، إِذِ الْخَرَاجُ بَالضَّمَانِ

أي: ما يحدث في أيام الخيار من غلة، كلبن، وبيض، وثمرة ونحو ذلك، فهو للبائع؛ لما رواه الترمذي وصححه: أنه ﷺ قال: «**الخراج بالضمان**»[(٢)].

والضمان من البائع اتفاقًا، ولا يقال: الاتفاق على الضمان يرد قول من قال: إن الملك قد انتقل؛ لأن الملك لم ينتقل للمشتري انتقالاً تامًا، فيبقى الضمان مستصحبًا من البائع. قاله المازري، وهذا الحكم عام في أنواع الغلة، إلا في الصوف فإنه للمشتري؛ لكونه كان موجودًا يوم البيع، نص عليه اللخمي، وهو ظاهر، وقد أشار المصنف إليه بقوله:

ولَوْ وَلَدَتِ الأَمَةُ فَأَمْضَى، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَتْبَعُهَا كَالصُّوفِ. وقَالَ أَشْهَبُ: كَالْغَلَّةِ فَيَنْفَسِخُ، وقِيلَ: أَوْ يُجْمَعَانِ فِي مِلْكٍ. وقِيلَ: أَوْ فِي حَوْزٍ.

يعني: لو باع أمة على خيار فولدت في أيام الخيار وأمضى من له الخيار البيع، فقال

---

(١) «المدونة» (٣/ ٢١٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٠٨) والترمذي (١٢٨٥) والنسائي (٤٤٩٠) وفي «الكبرى» (٦٠٨١) وابن ماجه (٢٢٤٣) وأحمد (٢٤٢٧٠) وابن حبان (٤٩٢٧) والحاكم (٢١٧٨) والبيهقي في «الكبرى» (١٠٥١٩) من حديث عائشة رضي الله عنها، وحسنه الألباني ـ رحمه الله ـ.

ابن القاسم: الولد للمشتري كصوف الغنم.

وهو مقتضى كلامه أن أشهب يوافق على الصوف، وإلا لما حـصل لاستشهاده به كبير فائدة، وهو مقتضى كلامه في «الجواهر»[١].

وعلل ذلك بأن الصوف مشترى؛ لأنه إذا اشترى كبشًا وعليه صوف فكأنه اشتراهما.

وقال أشهب: بل يكون للبائع كالغلة، فإن بنينا على قول ابن القاسم فلا تفريع، وإن بنينا على قول أشهب، فـهل يفسخ أو يجبران على الجمع بينهمـا؟ قولان، بناء على أن ما أوجبته الأحكام هل هو كالمدخول عليه أو لا.

وعلى الثاني فهل يكفي الحوز وهو ظاهر كلام أشهب، أو لابد من الملك، قولان.

ابن محرز: والصحيح الملك.

ابن بشير: هو الأصل.

وكان حـق المصنف أن يؤخر القـول بالفسخ ويقـدم القولين بعـد؛ لأنهمـا تأولا على أشهب، فهمـا من تمام قوله السابق، والقول بالفسخ لغيـره، لكن ممن وافقه على أن الولد للبائع وتعـقب فضل بن سلمة، وابن أبي زمنين هذه المسألة من حـيث إن الأمة ولدت في أيام الخيار، وذلك يستلزم بيعها بقرب الولادة، وبيع الحامل المقرب لا يجوز.

وأجاب فضل: بأن البائع لم يخير المشتري بحملها، فلم يدخلا على الفساد.

ورده المازري: بأن حمل المرأة لا يكاد يخفى قبل ولادتها بيومين أو ثلاثة.

ورواه أيضًا ابن مـحرز وعيـاض: بأن المشهور أن علم أحـد المتبايعين بالفـساد يوجب فساد البيع.

وأجاب ابن مـحرز، والمازري: بأن المرض عند ابن القاسم وأشـهب ـ وإن بلغ الخوف على صاحبه ـ لا يمنع من صحة بيع المريض، وإنما يمنع إذا بلغ السياق.

وحاصله: أن بيع الأمة المقرب صحيح، وقد تقدم أن الأصح صحته.

وأجـاب عيـاض: بأنه يمكن أن يكون باعها في آخـر الشهر السادس وولدت في أول السابع، وفيه نظر؛ لحمل المعنى على معنى نادر.

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٦٢).

وعارض البـاجي[١] قول ابن القاسم هنا، بأنه قال فيمن اشـترى عشر جوار من مائة يختارهن، فلم يختـر حتى وضعن، لم يكن له خيار في الأمهات، ويفسخ البـيع للتفرقة، فجعل الولد للبائع هنا وفي الأولى للمشتري، وكلا العقدين مدخول فيه على خيار.

وأجيب: بأن مسألة «المدونة» وقع فيها العقد على معين، بخلاف الأخرى.

وقيل في مـسألة العشر الإماء: أنه لا يـفسخ ويكون الولد للبائع، ويجمع بينـهما في ملك أو يباعان.

وَمَا يُوهَبُ لِلْعَبْدِ لِلْبَائِعِ، وَقُيِّدَ فِي غَيْرِ الْمُسْتَثْنَى مَالُهُ

يعني: إذا وهب للعبد المبيع بالخيار مال في مدة الخيار فهو للبائع، قاله في «المدونة»، وقيده ابن الكاتب، وأبو بـكر بن عبد الرحمن بأن يباع بغـير ماله، وأما لو بيع بماله لتـبعه هذا المال الموهوب كما تبعه ماله المشترط لأجل الشرط.

وَمَا يُـعَدُّ رِضًا مِنَ الْـمُشْتَـرِي فَهُـوَ رَدٌّ مِنَ الْبَائِعِ. قَـالَ اللَّخْمِيُّ: قَـدْ يُؤَجِّرُ الْبَـائِعُ؛ لأَنَّ الْغَلاتِ لَهُ وَلا يُعَدُّ رَدًّا...

أخذ ـ رحمه الله ـ يتكلم على مـا يدل على الرضا، ونقل ابن شاس[٢] هذا الضـابط عن سحنون، قال: قال سحنون: وكل ما يعد من المشـتري قبولاً فهو من البائع إذا كان له الخيار فسخ.

فقوله : ما يعد من المشتري قبولاً، يريد: والخيار له.

اللخـمي: ولا يجزئ ذلك مطلقًا؛ لأن الغلات للبائع، فإذا آجره أو أسلمه للصنعة، فإنما فعل ما هو له، فلا يكون ذلك رضًا، بخلاف المشتري فإن الإجارة في حقه دليل على الرضا.

ابن بشير: وهذا الذي قاله اللخمي يختلف الأمر فيه، فإن طول الإجارة أو مدة التعليم يظهر مع هذا أنه قصد الرد.

وقوله: (**وَمَا يُـعَدُّ**) يريد: من الفعل؛ لأن القول لا يقال فيه يعد لدلالته وضعًا، فلا يرد عليه قول المشتري أمضيت المبيع ونحـوه، فهو رضًا منه بالشراء، وكذلك هو أيضًا رضًا

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٤٣٤).

(٢) «الجواهر» (٢/ ٤٦٦).

من البائع.

ويَكُونُ بتَرْكٍ وفِعْلٍ، فَالتَّرْكُ الإِمْسَاكُ عَمَّا يَدُلُّ إِلَى انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ

(**يَكُـونُ**) أي: الرضا، أو يعود عـلى (ما) في قوله: (وما يعد) فـإن قلت: قوله: (**ويكُونُ بتَرْكٍ وفِعْلٍ**) يدل على أن الترك يدل على الرضا.

وقوله بعد ذلك: (**فَالتَّرْكُ الإِمْسَاكُ عَمَّا يَدُلُّ**) يقتضي أن التـرك لا يدل على الرضا، فيلزم أن يكون الترك دليلاً على الرضا وغير دليل عليه.

قيل: متعلق بدل محذوف للدلالة عليه، تقديره: أي: الإمساك عما يدل من قول أو فعل.

وتقييد الدلالة بالقول أو الفعل أخص من مطلـق الدلالة، فلم ينفِ عن الترك الدلالة مطلقًا.

وقد صـرح بذلك ابن شاس(١)، فقال: وأما الترك فمـثل إمساكه عن القول أو الفعل الدالين على تعيين أحد الوجهين إلى أن تنقضي مدة الخيار.

وهُوَ اخْتِيَارٌ لَهَا مِمَّنْ هِيَ فِي يَدِهِ، وإِلا فَالْعَكْسُ

يعني: أن إمساك السلعة إلى انقضاء المدة اختيارٌ لها بالرد إن كانت بيد البائع، والخيار له وإمساكـها إلى انقضاء المدة اختيـار لأخذ السلعة إن كانت بيد المشتـري والخيار له، وإلا فالعكس، أي: وإن لم تكن في يد من له الخيار وأمسك من له الخـيار عما يدل إلى انقضاء المدة، فإذا كان الخيار للبائع والسلعة في يد المشتري وأمسك عما يدل على الصفة المذكورة، كان ذلك اختـياراً لعوض السلعة فـهو إمضاء، وإذا أمـسك المشتري عما يدل عـلى الصفة المذكورة والخيار له والسلعة في يد البائع فهو اختيار للثمن ورد للسلعة.

فَلِذَلِكَ كَانَ اخْتِيَاراً مِنْهُمَا لِمَنْ هِيَ فِي يَدِهِ

أي: فلما قلناه من أن إمساك السلعة اختيار لها ممن هي بيده وبالعكس، كان الإمساك اختياراً من كل واحد من المتبايعين إذا كـان الخيار لهما لمن هي في يده، أي: فلأجل الطرد والعكس كان سكوتهما معًا يرد البيع، وإن كانت بيد المشتري فهو اختيار منهما.

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٦٥).

والفرق بين هذا وبين ما تقدم؛ أن الأول أفاد الحكم إذا كـان الخيار لأحدهما، والثاني أفاد الحكم إذا كان الخيار لهما.

وفِي قُرْبِهِ بِرَدِّهِ قَوْلانِ

أي: وفي رد المبيع بخيار بقرب انقضاء المدة، وعدم رده.

والأول في «المدونة»[1]، ففيها: وإن كان بعد غروب الشمس من آخر أيام الخيار، أو كالغد أو قرب ذلك فذلك له، واحتج بالتلوم للمكاتب.

والقول بأنه ليس له ذلك بالقرب لأشهب وابن الماجشون، قالا: بغروب الشمس من آخر أيام الخيار ينقطع الخيار؛ لأن المؤمنين عند شروطهم.

وعلى المشهور، فـإن شرط في بيع الخيار إن لم يأت بالسلعة قبل مـغيب الشمس من آخر أيام الخيار لزم البيع، ففي «المدونة» لم يجز هذا البيع، أرأيت إن مرض المبتاع أو حبسه سلطان.

لكن عورض ذلك بقوله في «المدونة» في غير موضع: إذا اشترط البائع على المبتاع إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا فلا بيع بيننا، أن العقد صحيح والشرط باطل.

فعـارض الأشياخ إحـدى هاتين المسألتين بالأخرى، وخـرجوا من الثانيـة الخلاف في الأولى، وإن كان بعضهم فرق بينهما بفرق فليس بالقوي.

والقول الثاني عند ابن عبد السلام أظهر، وهو الذي اقتضاه الشرط، وسببهما ما قرب من الشيء هل يعطى حكمه أم لا؟

والْفِعْلُ: مِثْلُ الْعِتْقِ، والْكِتَابَةِ، والاسْتِيلاءِ، وتَزْوِيجِ الأَمَةِ، والْوَطْءِ، وقَصْدِ التَّلَذُّذِ

لما فرغ من بيان الترك شرع في الفـعل، ولا خفاء في دلالة العتق، والكتابة، وتزويج الأمـة، والوطء على اختيـار من له الخيـار من المتبـايعين، وفي مـعنى الكتـابة التدبيـر، والاستيلاء، والعتق إلى أجل.

وقوله: (**وقَصْدِ التَّلَذُّذِ**) أي: إذا أقر بذلك، ففيها: وإن كان الخيار للمبتاع فجردها في أيام الخيار ونظر إليها، فليس ذلك رضا إلا أن يـقر أنه فعل ذلك قصد التلذذ، قال: ونظر المبتاع إلى فرج المرأة رضا؛ لأن الفـرج لا يجرد في الشراء ولا ينظر إليه إلا النساء، أو من

(١) «المدونة» (٣/ ٢٠١).

يحل له الفرج.

وكَذَلِكَ رَهْنُ الْمَبِيعِ وإِجَارَتُهُ وإِسْلامهُ لِلصَّنْعَةِ، وتَزْوِيجُ الْعَبْدِ، والسَّوْمُ بالسِّلْعَة، خِلافًا لأَشْهَبَ فِي أَنَّهُ يَحْلِفُ مَا كَانَ ذَلِكَ رِضًا.

الأفعال ثلاثة أقسام:

الأول: متفق على أنه يعد رضًا، وهو ما تقدم.

والثاني: لا يعد رضًا باتفاق، كاختيار العمل.

والثالث: مختلف فيه، وهو الذي ذكره المصنف هنا.

أي: المشهور أن هذه الخمسة دال على الرضا بإمضاء البيع إن كانت من المشتري، أو رده إن كانت من البائع، ولا يقبل قوله: إنه لم يرد بذلك رضًا، قاله في «المدونة»[(١)].

وخالف أشهب فرأى أن ذلك لا يدل على الرضا بعد يمينه، لكن ذكر في «المدونة»[(٢)] يمينه على ثلاثة منها فقط، قال فيها: ولم ير أشهب الإجارة، وتزويج العبد، والرهن، والسوم، والجناية، وإسلام العبد للصنعة، وتزويجه العبد رضًا بعد أن يحلف في الرهن، والإجارة، وتزويج العبد.

لكن في «الموازية» عنه النص على اليمين في الجميع.

ولا يخفى عليك الفرق بين تزويج الأمة والعبد على قوله، وقول أشهب ظاهر في السوم والإجارة والإسلام للصنعة إن كانت مدة ذلك تنقضي في مدة الخيار، وبعيد في الرهن والتزويج.

وأَمَّا بَيْعُ الْمُشْتَرِي، فَقِيلَ: الرِّبْحُ لِلْبَائِعِ، وقِيلَ: يُخَيَّرُ فِيهِ وفِي نَقْضِهِ، وقِيلَ: يُصَدَّقُ مَعَ يَمِينِهِ أَنَّهُ بَائِعٌ بَعْدَ أَنِ اخْتَارَ...

أطلق الأفعال المتقدمة ولم يضفها لبائع ولا لمشترٍ؛ إشارة إلى أن الحكم متحد فيه، وقيد مسألة البيع بالمشتري؛ لأن هذه الأقوال لا تتصور إلا فيه، ومعناه: أن المشتري لو باع والخيار له قبل أن يخير البائع باختياره أو يشهد على اختياره، فاختلف فيه على ثلاثة

---

(١) «المدونة» (٣/ ٢١٦).

(٢) «المدونة» (٣/ ٢١٦).

أقوال:

أحدها: أن الربح للبائع، نقله اللخمي عن ابن المواز.

ثانيها: رواية ابن زياد في «المدونة» أن بيعه ليس باختيار ورب السلعة بالخيار، إن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن، وإن شاء نقض البيع.

وطرح سحنون التخيير من هذا القول، وصوب ابن يونس طرح سحنون، قال: لأنه إنما يتهم أن يكون باع قبل أن يختار، فيقول له البائع: قد بعت ما في ضماني فالربح لي، وليس له نقض البيع؛ لأن بيع المبتاع لا يسقط خياره، فلو نقض البيع لكان له أخذ السلعة بمقتضى الخيار.

وهذا التضعيف هو الذي أراده بقوله: وضعف، وإنما يتم هذا التضعيف إذا كانت أيام الخيار لم تنقض، وأما إن انقضت فالمشتري لا يمكنه أخذ السلعة بعد النقض.

ثالثها: حكاه ابن حبيب عن مالك وأصحابه، وهو لابن القاسم في بعض روايات «المدونة».

وفي «الموازية»: أنه بصدق مع يمينه إن كذبه صاحبه، وظاهر كلام المصنف ـ وهو ظاهر الرواية ـ أنها يمين تهمة تتوجه على البائع وإن لم يحققها.

وقال في «النوادر»[1]: يريد بعلم يدعيه، ونحوه لابن يونس.

وكان الشيخ ـ رحمه الله ـ رأى أن قوله في الرواية: إن كذبه صاحبه يناسب أنها دعوى محققة، زاد في هذا القول: وإن قال بعت قبل أن أختار فالربح لربه؛ لأنه في ضمانه، وصوبه اللخمي؛ لأن الغالب فيمن وجد ربحًا أنه لا يدفعه لغيره.

وَلاَ يُقْبَلُ أَنَّهُ رَدٌّ أَوِ اخْتِيَارٌ لَفْظًا إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ

أي: فإن ادعى من له الخيار بعد انقضاء المدة أنه كان قد رضي فلا يقبل ذلك إلا ببينة تشهد له بصحة دعواه؛ لأنه ادعى شيئًا الأصل عدمه.

فَإِنْ طَرَأَ مَانِعٌ، فَفِي الْمَوْتِ يَنْتَقِلُ إِلَى وارِثِه، ولَيْسَ لِمَنِ اخْتَارَ التَّمَسُّكَ إِلا بِالْجَمِيعِ...

أي: فإن طرأ على مشترط الخيار ما يمنعه منه، والموانع ثلاثة، وبدأ بالموت، وانتقاله

(١) «النوادر والزيادات» (٦/ ٣٩٧).

إلى الوارث ظاهر؛ لأن من مات عن حق فلورثته.

المازري: فإن مات المشتري وترك وارثًا واحدًا يحوز ماله، فإنه يحل محله فيخير بين قبول المبيع بنصيبه من الثمن، ولا مقال هنا للملتزم الشراء؛ لكونه قد وصل إلى غرضه واستكمل جميع حقه في الميراث.

وإن لم يرض البائع التشقيص كلف من أجاز أن يرد ما في يده ليكمل جميع المبيع لبائعه، هذا القياس عند أشهب، والاستحسان عنده أن يمكن من أراد الإجازة من أخذ نصيب من رد ويدفع جميع الثمن للبائع لترتفع العلة التي شكلها من التبعيض، لكن القياس أن البائع لما رد عليه الممتنع عن الإجازة لنصيبه عاد إلى ملكه على ما كان، فلا يلزمه بيعه إلا ممن أحب، وهذا التفصيل يجري في موت المشتري والبائع. انتهى.

فقوله: **(ولَيْسَ لِمَنِ اخْتَارَ التَّمَسُّكَ إِلا بالْجَمِيعِ)** محتمل للقياس والاستحسان؛ لأن الجميع يحتمل أن يريد به جميع الورثة، والباء للمصاحبة، أي: ليس له التمسك إلا مع اختيار جميع الورثة وهو القياس.

ويحتمل أن يريد بالجميع جميع السلعة وهو الاستحسان، وهذا تقرير هذا المحل.

ولا يقال: لعل المصنف أراد بقوله: **(ولَيْسَ لِمَنِ اخْتَارَ...)** إلخ، أن من اشترى سلعًا ثم أراد الإجازة، فليس له أن يتمسك إلا بجميعها؛ لأن السياق ينفيه.

واعلم بأنه إنما نص في «المدونة» على ما ذكرناه من القياس والاستحسان في ورثة المشتري.

وظاهر كلام المصنف: أنه لا فرق في ذلك بين ورثة البائع والمشتري، ولعله بنى على كلام المازري المتقدم وهو أحد الطريقين؛ لأن الشيوخ اختلفوا هل يدخل القياس والاستحسان في ورثة البائع؛ فمنهم من قال يدخل وينزل الراد من ورثة البائع منزلة المجيز من ورثة المشتري فيدخله القياس: وهو أنه ليس له إلا نصيبه.

والاستحسان: وهو أن له أن يأخذ نصيب أخيه المجيز؛ لأن الذي أراد الإجازة من ورثة البائع قد رضي بإخراج نصيبه من يده وأخذ الثمن فيه، فإذا قال للذي أراد إبطال البيع: أنا آخذ نصيبك وأعطيك الثمن الذي أردته ودعوت إليه، كان ذلك له، كما للمجيز من ورثة المشتري أن يأخذ نصيب أخيه الراد، وإلى هذا ذهب ابن أبي زيد في غير «المختصر».

وقال بعض القرويين: لا يدخله الاستحسان، وليس لمن رد أن يأخذ نصيب من أجاز؛ لأن من أجاز إنما أجاز للأجنبي لا لأخيه.

تنبيه :

أقام الشيخ أبو محمد صالح على ما نقله عنه أبو الحسن من قوله: إن الخيار يورث أن الثنيا تورث، أي: الجائزة.

وهي إذا قال المشتـري بعد تمام البيع: إن جئت بالثمن فسلعتك رد عليك؛ أعني: إذا مات المتطوع له بها.

واختلف إذا مات المشتري الذي تطوع بالثنيا، هل يلزم ذلك ورثته وهو قول أبي إبراهيم، أو لا يلزم ورثته وهو قول أبي الفضل راشد، واختاره أبو الحسن؟

واحتج أبو إبراهيم بما نقله ابن يونس عن «الموازية» في الذي قال لأمته: إن جئتني بألف درهم فأنت حرة فمات، أن العتق يلزم ورثته إن جاءتهم بالألف.

أبو الحسن: ولا حجة فيه؛ لأن هذه قطاعة وهي من ناحية الكتابة وهي لازمة، وفي «المستخرجة» عكسه: أن العتق لا يلزمهم.

وذكر ابن الهندي فيمن باع سلعة بثمن إلى أجل على أن يبقى الدين إلى أجله فمات المطلوب، ثم مات الطالب بعده، أن ورثة الطالب لا يلزمهم التأخير، وهو يدل على أن الثنيا لا تلزم ورثة المشتري.

وَفِي الْجُنُونِ: يَنْظُرُ السُّلْطَانُ

أي: إذا جن من له الخيار من بائع أو مشتر، فإن الحاكم ينظر في ذلك فيفعل المصلحة من رد أو إمضاء، ولا خلاف فيه، قاله ابن عبد السلام.

وَفِي الإِغْمَاءِ: يُوقَفُ، فَإِنْ طَالَ فُسِخَ، وقَالَ أَشْهَبُ: كَالْجُنُونِ

تصوره واضح، وقوله: (فَإِنْ طَالَ فُسِخَ) أي: وليس له أن يجيز، وقول أشهب مقيد ببقاء أمد الخيار وإلا تعين الرد.

ووقع لابن القاسم في العرصة المعارة يريد هدمها المعار والمعير غائب، أن السلطان ينظر فإن رأى أخذ النقض لرب العرصة بقيمته ملقى فذلك له.

فعارضها بعضهم بقوله هنا، وقال: يجب على قوله في العرصة أن يكون له هنا إجازة البيع كقول أشهب.

ابن يـونس[١]: ويمكن أن يفرق بينهما بأن الإغماء الغالب زواله عن قرب، والغائب قد تطول غيبته فكان كالمجنون والصبي.

خِيَارُ النَّقِيصَةِ: وهُوَ نَقْصٌ يُخَالِفُ مَا الْتَزَمَهُ الْبَائِعُ شَرْطًا أَوْ عُرْفًا فِي زَمَانِ ضَمَانِهِ...

هذا هو النوع الثاني، و(ما) موصولة، أو نكرة موصوفة.

وقوله: (**شَرْطًا أَوْ عُرْفًا**) بيان لموجب الالتزام، والأولى أن يقول: ما ثبت بنقص، إذ النقص سبب للخيار لا نفس الخيار، فلا ينبغي أن يعرف الخيار بالنقص.

فإن قيل: لعله عرف المضاف إليه وهو النقيصة، كأنه قال: والنقيصة التي توجب الخيار نقص، إلى آخره.

قيل: لو قصد ذلك لقال: وهي، وقد يقال: أعاد الضمير عليها باعتبار معناها، وفيه بعد.

فإن قلت: هو تعريف غيـر جامع؛ لأن خيار النقيصة يكون أيضًـا بتغرير فعلي، ولم يذكره.

وقـد ذكره ابن شـاس[٢]، فقال: ما ثبت بفوات أمـر مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرطي، أو قضاء عرفي، أو تغرير فعلي.

قـيل: هو راجع إلى الشرطي، ألا ترى قوله بعد ذلك: والتـغرير الفعلي كالشرطي، لكن قد يقال: إنه غيـر جامع من وجه آخر؛ لأن عيوب الدار تخالف مـا التزمه البائع ولا توجب خيارًا.

وأجيب: لا يرد هذا على القول بأنها توجب الخيار كغيرها، وعلى القول الأخير فهذا على خلاف القياس، وفيه نظر.

وقوله: (**فِي زَمَانِ ضَـمَانِه**) أي: أن النقص المذكور لابد أن يكون حاصلاً في الزمان الذي يضمن فيه البائع المبيع للمبتاع.

---

(١) «الجامع» (٨/ ٤١٧).

(٢) «الجواهر» (٢/ ٤٦٨).

فَالشَّرْطِيُّ: مَا يُؤَثِّرُ فِي نَقْصِ الثَّمَنِ كَصَانِعٍ، وكَاتِبٍ، وتَاجِرٍ

لما قسمه أولاً إلى قسمين تكلم على الأول، والظاهر أن الشرطي ما يشترطه المشتري.

وفي «البيان»[١]: إذا نادى الذي يبيع الجارية في الميراث أنها عذراء أو غير ذلك، ثم وجد خلافه كان له الرد، فنزلوا هذا منزلة الشرط.

فَإِنْ شَرَطَ مَا لاَ غَرَضَ فِيهِ ولاَ مَالِيَّةَ فيه، أُلْغِيَ عَلَى الْمَعْرُوفِ

كما لو اشترط أنه أمي فيجده كاتبًا، أو جاهلاً فيجده عالمًا، ومقابل المعروف ذكره صاحب «البيان»[٢] وابن زرقون، فلا التفات إلى قول ابن بشير: لا أعلم فيه خلافًا، وقد يجري الخلاف فيه على وجوب الوفاء بشرط ما لا يفيد.

ومَا فِيهِ غَرَضٌ ولاَ مَالِيَّةَ فيه، فيه رِوَايَتَانِ

هذا يتصور في حق بعض الناس، كما لو اشترى أمة على أنها نصرانية فوجدها مسلمة، وقال: أردت أن أزوجها غلامي النصراني، أو اشتراها على أنها ثيب فوجدها بكرًا، وقال: عليَّ يمين ألا أطأ الأبكار، أو اشترط جنسًا فوجدها من جنس آخر أرفع، وقد ذكر ابن بشير، وابن شاس القولين.

قال في «البيان»[٣]: والصحيح أن له الرد عملاً بالشرط، وحصل صاحب «البيان»، وابن زرقون فيه وفي الذي قبله ثلاثة أقوال:

الأول لسحنون: أن له الرد.

والثاني: مخرج على رواية ابن نافع في مسلم غر نصرانية نكحته على أنه نصراني أنه لا خيار لها، فأحرى أن يقول ذلك في الأمة.

والثالث في سماع عيسى: إن كان له وجه رد به وإلا فلا، ومثله في «المدونة».

والْعُرْفِيُّ: مَا تَقْتَضِي الْعَادَةُ بِأَنَّهُ إِنَّمَا يَدْخُلُ عَلَى السَّلاَمَةِ مِنْهُ مَا يُؤَثِّرُ فِي نَقْصِ الثَّمَنِ، أَوِ الْمَبِيعِ، أَوْ فِي التَّصَرُّفِ، أَوْ خَوْفًا فِي الْعَاقِبَةِ...

(أل) في (العرفي) للعهد؛ أي: والنقص العرفي، و(من) في قوله: (منه) لبيان

---

(١) «البيان والتحصيل» (٨/ ٣٢٦).

(٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ٣٢٦).

(٣) «البيان والتحصيل» (٨/ ٣٢٦).

الجنس، ومعنى كلامه: والعيب العرفي الذي تقتضي العادة الدخول على السلامة منه.

وقوله: (فِي نَقْصِ الثَّمَنِ) أي: من غير نقص في المبيع، كما لو وجده آبقًا، أو سارقًا، أو في المبيع من غير نقص في الثمن، كالخصاء في العبد، أو نقص التصرف، كالعسر أو التخنيث في العبد، أو خوفًا في العاقبة، كجذام أحد الأبوين إذ يخشى عليه حينئذ الجذام.

فَالْعَمَى، والْعَوَرُ، والْقَطْعُ ونَحْوُهُ مُتَفَقٌ عَلَيْهِ

لما ذكر ضابطًا كليا شرع في تعداد العيوب لتكون كالمثال لما ذكره، وهو ظاهر.

ابن عبد السلام: وهذا الاتفاق إنما يصح في بيع الغائب، وأما الحاضر فقد يدخل بعض هذا الخلاف من اختلافهم في البيع الظاهر، هل للمشتري القيام به أم لا ؟ ويمكن أن يريد المصنف الاتفاق على كون هذه الأشياء وشبهها عيوبًا، لا على وجوب القيام بها.

والْخِصَاءُ عَيْبٌ

يعني: في العبيد، وهو ظاهر.

وسُقُوطُ ضِرْسَيْنِ عَيْبٌ، والْوَاحِدُ فِي الْعَلِي

تصوره ظاهر، وخص الأضراس تبعًا للباجي[1] والمازري.

ولعل ذلك على جهة المثال؛ لأن سقوط سِنَّيْنِ مطلقًا عيب، ففي «الواضحة»: وما زاد على السن الواحدة فهو عيب في كل العبيد ما كان في مقدم الفم أو مؤخره.

وفي قوله: (والْوَاحِدُ فِي الْعَلِي) نظر من وجهين:

أحدهما: تخصيص الأضراس.

والثاني: ظاهره أنه مطلق في الأمة والعبد، وهو خاص بالرائعة.

ابن عبد السلام: وأطلق المؤلف في العلي، وظاهره سواء نقص من الثمن أو لم ينقص، إلا أن يقال: كلامه هنا هو مثال لما ينقص الثمن.

قال في «الموازية»: ولا يرد العبد إذا وجدت سنه منزوعة إلا أن يكون ذلك في الجارية الرائعة وينقص ذلك من ثمنها.

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٨٧).

وفي «**الواضحة**»: السن الناقصة عيب في الرائعة في مقدم الفم أو مؤخره، وليست في الدنية ولا في العبد عـيبًا إلا في مقدم الفم، فأنت تراه كيف لم يجعل الســن الواحدة عيبًا في الذكر.

ابن حبيب: والسن الزائدة عيب في العبد والأمة رفيعين كانا أو وضيعين.

والوخش في الرقيق: الخسيس مأخوذ من قـولهم: وخشت الشيء أخشـه وخشًا إذا خلطته، فكان الوخش لا يعرف لخساسته، إذ هو من أخلاط الرقيق، وأصله الحقير من كل شيء.

والعلي: بفتح العين وكسر اللام مخفـفة وتشديد الياء صفة للجنس؛ أي: من الجنس العلي.

الجوهري[1]: وفلان من علية الناس وهو جمع عليٍّ؛ شريف مثل صبي وصبية، وكذا ذكره عياض، قال: وقيل بكسر اللام وتشديدها، والأول أشهر.

وكَالْحَمْلِ فِيهِمَا، وقَالَ أَشْهَبُ: فِي الْعَلِي

حاصله: أنه اتفق على أن الحمل عيب في العلي، واختلف في الوخش.

وما قدمه المصنف هو مذهب «المدونة»، قال: وقاله لنا مالك حين خالفنا ابن كنانة في الوخش، ولابن القاسم ثالث: أنه عيب في الوخش إن اشترى جارية وحدها لا إن اشتراها في جملة رقيق، ولابن حبيب رابع: أنه عيب لأهل الحاضرة دون البادية.

وفِيهَا: كَوْنُهَا زَلاءَ لَيْسَ بعَيْبٍ، وقُيِّدَ بالْيَسِير

الزلاء بالمد: الصغيرة الإليتين، ولابد من التقيـيد باليسير؛ ولهذا قال في «المدونة»[2]: إلا أن تكون ناقصة الخلق.

وروى أشهب: الصغيرة القبل ليس بعيب إلا أن يتفاحش.

والشَّيْبُ الْكَثِيرُ فِي الْعَلِي عَيْبٌ، وفِي الْقَلِيلِ فِيهِ والْكَثِيرِ فِي غَيْرِهِ قَوْلانِ

أي: لا خـلاف في الكثيـر أنه عيب في العلـي، ولا في اليسـير أنه ليس بعـيب في

(١) «الصحاح» (١/ ٤٩٤).

(٢) «المدونة» (٣/ ٣٤٨).

الوخش، واختلف في القليل في العلي، فظاهر «المدونة» أنه عيب.

وقال ابن عبد الحكم: ليس بعيب. وكذلك في «الواضحة» عن مالك.

وجوز الباجي[(١)] أن يكون تقييداً «للمدونة».

وأما الكثير في غير العلي، فظاهر «المدونة»: أنه ليس بعيب، قال فيها: ولا يرد به غير الرائعة إلا أن يكون عيبًا ينقص من ثمنها.

وقيل: إن كان الشيب كثيراً لا إن قل، إلا أن يكون بائعها قد علم بذلك فكتمه على تعمد، فيرد وإن كان قليلاً.

ابن المواز: وذلك كله في الشابة.

والاسْتِحَاضَةُ فِيهِمَا عَيْبٌ

أي: في العلي والوخش، وهذا ظاهر المذهب وهو الصواب؛ لأنه يضعف الجسم.

وعن ابن القاسم: يسأل عن الدنية، فإن كان عيبًا ينقص من الثمن ردت به، قال: وهذا إذا ثبت استحاضتها عند البائع.

وأما الموضوعة للاستبراء تحيض حيضة لا شك فيها، ثم تستمر مستحاضة فمن المشتري ولا ترد، وقاله أشهب؛ أي: لاحتمال أن يكون حدث بها.

قال في «الموازية»: والاستحاضة التي ترد بها شهران.

وارتفاع الحيض عيب في ذات سنه، قاله في «المدونة»[(٢)].

وعلله اللخمي: بأن ذلك صلاح لأجساد النساء، وهو يشمل العلي والوخش، وفي العلي وجه آخر وهو: منع الوطء.

وأفتى ابن عتاب: بأنه عيب في الوخش.

وعن ابن القاسم: أنه عيب في العلي فقط.

قال في «المدونة»[(٣)]: وإن تأخر حيضها، قال في «الأمهات»: شهرين أو ثلاثة فذلك

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٨٧).

(٢) «المدونة» (٣/ ٣٤٥).

(٣) «المدونة» (٣/ ٣٤٥).

عيب، ولأشهب أنها لا ترد إلا فيما زاد على ثلاثة أشهر.

ولسحنون وغيره: أنها ترد بخمسة وأربعين يومًا، مالك: وللبائع أيضًا أن يفسخ البيع لأجل نفقته.

والْبَوْلُ فِي الْفِرَاشِ فِي الْوَقْتِ الْمُسْتَنْكَرِ عَيْبٌ

أي: في الذكور والإناث، قاله ابن حبيب عمن كاشف من أصحاب مالك، ومراده بالوقت المستنكر: الزمان الذي لا يبول فيه الصغير غالبًا، قال معناه ابن حبيب.

واحترز من البول في زمن الصغر، فإنه لا يستنكر فليس بعيب.

ابن حبيب: ولا يثبت أنه عيب حتى يقيم المبتاع بينة أنها كانت تبول عند البائع؛ لأنه مما يحدث في ليلة وأكثر، فإن لم تكن بينة حلف البائع على علمه، ولا يحلف بدعوى المبتاع حتى توضع بيد امرأة أو رجل له زوجة فيذكران ذلك، ويقبل قول المرأة والرجل عن زوجته في ذلك، ويجب اليمين على البائع، وليس بمعنى الشهادة، ولو جاء المشتري بقوم ينظرون مرقدها بالغد مبلولاً، فلابد من رجلين؛ لأنه بمعنى الشهادة، ثم يحلف البائع.

وفيهَا: التَّخْنِيثُ فِي الْعَبْدِ، والْفُحُولَةُ فِي الأَمَةِ إِنِ اشْتَهَرَتْ عَيْبٌ، فَقِيلَ: التَّشْبِيهُ فِيهِمَا، وقِيلَ: الْفِعْلُ...

التفسير الأول لابن أبي زيد، فقال: تشبيه الذكر بالأنثى بتكسير المعاطف، وتشبيه الأنثى بالذكر بفحولة الكلام.

والثاني لصاحب «النكت»(١)، فقال، قوله: إذا [وجد](٢) العبد مخنثًا ـ أي: يؤتى ـ والمرأة مذكرة ـ أي: فحلة كشرار النساء، فإذا اشتهرت بذلك فهو عيب.

وهكذا وقع لمالك في «الواضحة»، وصرح في «الواضحة» بأن التشبيه ليس بعيب وجعل عبد الحق «الواضحة» مفسرة «للمدونة»، وهي على تفسير ابن أبي زيد خلاف.

واحتج أبو عمران للأول بأنه لو أراد الفعل لكان عيبًا ولو مرة واحدة، ولكان لا يحتاج إلى قيد الاشتهار في الأمة.

أبو عمران: وإنما خص بهذا القيد الأمة ولم يجعل الرجل مشاركًا لها فيه؛ لأن التخنيث في العبد يضعفه عن العمل وينقص نشاطه، والتذكير في الأمة لا يمنع جميع الخصال التي في النساء ولا ينقصها ذلك، فإذا اشتهرت بذلك كان عيبًا؛ لأنها ملعونة في

---

(١) النكت والفروق (٢ / ٧٥).

(٢) في ط: وجب.

الحديث.

وجعل في «الواضحـة» هذا الاشتهار عائدًا على الأمة والعبـد، عياض: ورأيت بعض مختصري «المدونة» اختصرها على ذلك.

خليـل: وينبغي أن يقيـد كلام عبد الحق وما في الواضحـة بالوخش، وأما الجارية المرتفعة فالتشبه فيها عيب، إذ المراد منها التأنيث، وقاله عياض.

والزَّعَرُ عَيْبٌ

الجـوهري[١]: الزعر: قلة الشعـر، ونص المسألة في «المدونة»[٢] فيمن اشـترى أمة فوجدها زعراء العانة فهو عيب.

ابن سـحنون: لأن الشعـر يشد الفرج فإن لم يكن شـعر استرخى الفـرج، قال في «الموازية»: وكذلك إذا لم ينبت في غير العانة فهو عيب.

ابن حبيب: وهو مما تتقى عاقبته من الداء السوء.

وقال سحنون: ليس هو في غير العانة عيبًا.

وحمل بعضهم الأول على أنه تفسير «للمدونة».

بعض الموثقين: والذكر والأنثى فيه سواء.

والثُّيُوبَةُ لَيْسَتْ بعَيْبٍ إلا فِيمَنْ لاَ يُفْتَضُّ مِثْلُهَا

أي: إذا وجدها ثيبًا وهي في سن من توطأ، فقال سحنون في «العتبية»[٣]: ليس ذلك بعيب، كانت من أعلى الرقيق أو وخشه.

وقال في «البيـان»[٤]: لأنها محمولة حـينئذ على أنها قد وطئت، وإن كانت في سن من لا توطأ فوجدها مفتضة فذلك عيب؛ لأنها محمولة في هذا السن على عدم الوطء.

وظاهر كلام المصنف: أنه لا فرق في ذلك بين الـرائعة والوخش، وليس بظاهر، فإن

(١) «الصحاح» (٢/ ٢٨٧).

(٢) «المدونة» (٣/ ٣٤٢).

(٣) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٥٨).

(٤) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٥٨).

الذي في «المتيطية» وغيرها ونص عليه ابن القاسم وسحنون: أن ذلك عيب في الرائعة فقط.

قال في «البيان»: لأن وطء الوخش لا ينقص من الثمن، إلا أن يشتريها على أنها غير مفتضة بشرط، قال: وهذا قائم من «المدونة».

والْعَسَرُ عَيْبٌ

العَسَر: بفتح العين المهملة وفتح السين.

الجوهري[1]: وهو الذي يعمل بيساره.

ابن حبيب: هو عيب في العبد والأمة رفيعين أو وضيعين.

ابن المواز: كالعثار في الدابة.

والأَضْبَطُ لَيْسَ بعَيْبٍ

الجــوهري[2]: الأضبط هو الذي يعمل بكلتا يديـه، تقول: منه ضبط الرجل يضبط والأنثى ضبطت.

قال في مــوضع آخر: وأما الذي يعمل بكلـتا يديه فهو أعـسر يسرا ولا يقال: أعـسر أيسر، وكان عمر بن الخطاب أعسر يسرًا.

ابن حــبيب: وليس بعيب إذا كانت اليــمنى في قوتها والبطش بها، فإن نقـصت فهو عيب.

والزِّنَا، وشُرْبُ الْخَمْرِ، والْبَخَرُ عَيْبٌ

قوله: (**عَيْبٌ**) أي: مطلقًا في العلي والوخش.

المتيطـي: وسواء كان البـخار في فم أو فـرج، قال غـيره: وهو في الفـرج عيب في الرائعة فقط، وفي «الموازية»: في الأمة توطأ غصبًا أن ذلك عيب.

والْوَالِدَانِ والْوَلَدُ عَيْبٌ، والإِخْوَةُ والأَجْدَادُ لَيْسَ بعَيْبٍ

أي: أن أحد الوالدين عيب وأحـرى اجتماعهمـا، والولد عيب صغيرًا كان أو كـبيرًا، حـرًا أو رقيـقًا؛ لأن وجـود أحدهم مما يشـغله عن خـدمة سيده، وإنما لم تكن الإخـوة والأخوات والأجداد عيبًا؛ لعدم الميل لهم كما فيمن تقدم.

---

(١) «الصحاح» (١/ ٤٦٩).

(٢) «الصحاح» (١/ ٤٠٥).

المتيطي: وانفرد ابن العطار فرأى الأخ عيبًا.

ونقل صاحب «الجواهر»[(١)]، وابن راشد عن بعض أصحابنـا المتأخرين أنه ألحق الجدة للأم بالوالدة دون الجدة للأب.

وجُذَامُ الأَبِ عَيْبٌ، بخِلافِ مَسِّ الْجَانِّ

مراده بـ(الأب) الجنس فيدخل الجد، وصرح به في «الموازية» و«العتبية» و«الواضحة»، ولفظ «الواضحة»: وإن كان أحد أبويهما أو جديهما مجذومًا فهو عيب في الجارية والعبد، والعلي والوخش، وهذا هو المشهور.

وقال ابن كنانة: ليس بعيب، ورواه داود بن جعفر عن مالك.

وقـال ابن دينار: لا يرد به إلا أن يقول أهل العلم: إنه مـرض يعم الأقارب حتى لا يخطئ أحدًا منهم فيرد، وإن كان ربما أصاب أو لم يصب فلا يرد به.

وأما مس الجان فظاهر، إذ لا يخشى منه ما يخشى من الجذام.

وفِي سَوَادِ الأَبِ فِي الْعَلِي قَوْلانِ

مـراده بـ**(الأَبِ)** أيضًا الجنس، فيدخل الجد، فـفي «الموازية» و«العتبية»[(٢)]: أنه لـيس بعيب، وفي «الواضحة»: هو عيب لما يخاف من خروج ولدها أسود.

والأولى لو قال: الرائعة كما في الرواية؛ لأن العلي يصدق على الذكر.

وكَوْنُهُمَا مِن زِنا فِي الْعَلِي عَيْبٌ، وفِي الْوَخْشِ قَوْلانِ

الضمير عائد على الأمـة والعبد، والقول بأنه لا يرد في الوخش في «الموازية»، وبالرد لابن القاسم في «المدونة» وابن وهب.

ولم يجعل صاحب «البيان»[(٣)] العلي محل اتفاق، بل جعل القول بالفرق ثالثًا.

ابن عبـد السـلام: وقيل في الوخش الفرق بين الذكـر والأنثى هو ظاهر ما حكاه ابن حبيب عن مالك.

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٧١).

(٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٨٦).

(٣) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٨٧).

والْقَلَفُ فِي الذَّكَرِ والأُنْثَى مِنَ الْمَوْلُودَيْنِ، وطُولُ الإِقَامَةِ كَذَلِكَ إِلا الصَّغِيرَ

القلف: بفتح القاف واللام.

الجــوهري[1]: رجل أقلف بين القَلَفِ وهو الـذي لم يختن، قال: ويقـال: أغلف، بالغين المعـجمـة، واستـعمل المصنف القلف في الـذكر والأنثى، أي: أن مـتروك الختان ومتروكة الخـفاض إذا ولدا في الإسلام أو في العجم ولكنهما طالت إقامـتهما بين المسلمين كذلك، وأما إن لم تطل فليس بعيب لدخول المـشتري على ذلك، بل نص ابن حبيب على أنه لو وجد المجلوبين مختتنين على أنه عيب؛ لما يخاف أن يكون أغار عليهما العدو أو أبق إليهم من رقيقنا، وقال به ابن القاسم.

وروي عن ابن القاسم أيضًا أن ذلك ليس بعيب.

قال في «البيان»[2]: والأول أوضح في المعنى وأشبه في النظر.

واستـثنى المصنف الصغير ـ كـما ذكر ابن حـبيب ـ لأنه لم يثبت ذلك فيـه فلا يكون عيبًا، وكذلك لو كان العبد والأمة نصرانيـين، فإنهما لا يردان بترك الختان والخفاض، قاله ابن حبيب.

وقوله: **(كَذَلِكَ)** أي: لكونهما من زنا، فيكون القلف عيبًا في العلي، وفي الوخش قولان.

وذكر في «البيان»[3] ثلاثة أقوال:

أحـــدها: أنه يرد به الرفيـع والوضيع من الغلمان والجـواري، قاله ابن حـبيب في «الواضحة».

الثاني: لا يرد بذلك إلا الرفيع منهما، وهو قول ابن القاسم في سماع عيسى.

الثـالث: وهو الصحيح في القياس والنظر أنه لا يفـرق في الختان بين رفيع ووضيع، بخلاف الجواري في الخفاض.

---

(١) «الصحاح» (٢/ ٩٣).

(٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ٣٢٥).

(٣) «البيان والتحصيل» (٨/ ٣٢٥).

وَلَوْ قَالَتْ: إِنَّهَا مُسْتَوْلَدَةٌ، لَمْ تَحْرُمْ، ولَكِنَّهُ عَيْبٌ يَلْزَمُ الْمُبْتَاعَ أَنْ يُبَيِّنَ إِذَا بَاعَ

يعني: لو اشترى أمة ثم قالت وهي بيد المبتاع أنها أم ولد للبائع، لم تحرم بذلك على المبتاع لأنها مدعية، وتتهم أيضًا على إرادة الرجوع إلى البائع، لكنه عيب يوجب لربه الرد على البائع، فإن رضي به ثم أراد بيعها لزمه البيان؛ لأن النفوس تكره الإقدام على مثل هذا.

قال في «البيان»[1]: وكذلك له أن يردها إذا قالت ذلك في عهدة الثلاث أو الاستبراء؛ لقول مالك: إن ذلك عيب يجب عليه البيان إذا باعها؛ لأن ما حدث من العيوب في العهدة والاستبراء ضمانه من البائع.

وبذلك أفتى ابن لبابة، وابن مزين، وعبد الله بن يحيى ونظراؤهم، ووقع ذلك في «أحكام ابن زياد»، خلاف ما روى المدنيون عن مالك أن ذلك ليس بعيب، إذ لا يقبل ذلك منها.

وقد روى داود بن جعفر عن مالك نحوه إذا سرق العبد في عهدة الثلاثة رد به، وإن أقر على نفسه بالسرقة لم يرد؛ لأنه يتهم على إرادة الرجوع إلى سيده؛ إذا كانت سرقته التي أقر بها إنما لا يجب القطع فيها. انتهى.

وفِيهَا: فِي الصَّدْعِ فِي الْجِدَارِ وشِبْهِهِ إِنْ كَانَ يُخَافُ عَلَى الدَّارِ أَنْ تَنْهَدِمَ رُدَّ بِهِ، وإِلا فَلا...

نسبها «للمدونة» لإشكالها؛ لتفرقته في الدار بين العيب اليسير والكثير.

والضمير في (**شِبْهِهِ**) يحتمل أن يعود على الصدع أو على الجدار.

وظاهر قوله: (**إِنْ كَانَ يُخَافُ عَلَى الدَّارِ**) أنه لو خيف على حائط لم يرد، وبه صرح اللخمي.

عياض: وهو ظاهر الكتاب.

بخلاف ما ذهب إليه عبد الحق[2]، وابن سهل وغيرهما، وقالوا: إنه إن خشي هدم الحائط من الصدع الذي فيه أنه يجب الرد.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٤٤).

(٢) «النكت والفروق» (٢ / ٧٢).

وقد قيل: إنما يرد لخوف هدم الحائط إذا كان ينقص الدار كثيرًا.

عياض: وهو صحيح المعنى، أرأيت لو كان الحائط الذي هو واجهة البيت، إذ لا يمكن سكنى الدار إلا بعد إصلاحه.

واستدل من لم ير له الرد بهدم الحائط: بأن الحائط لو استحق لم يكن له رد فكيف إذا كان به صدع.

وفرق الآخرون: بأنه في الاستحقاق لا ضرر عليه؛ لأنه يأخذ قيمته بخلافه هنا، فإنه يضطر إلى بنائه والنفقة فيه.

عياض: ولم يختلفوا فيما قطع منفعة من منافعها كتهوير بئرها، أو غور مائها، أو فساد مطهرة مرحاضها، أو تعفن قواعد بئرها، أو وجد ماء بئرها مالحًا في البلاد التي ماء آبارها حلوٌ وشبه ذلك، أنه يجب به الرد.

وَتَمَّمَهُ مُحَمَّدٌ، فَقَالَ: لاَ يُرَدُّ، ولَكِنْ يَرْجِعُ بِقِيمَتِهِ إِنْ كَانَ يَسِيراً، وصَوَّبَهُ الأَئِمَّةُ، وقِيلَ: كَغَيْرِهِ...

أي: وتمم ابن المواز ما في «المدونة»، فقال: ولكن يرجع بما نقص من الثمن.

وعدوه وفاقًا لا خلافًا، وأيده بما في قسم «المدونة»: أن أحد الشريكين إذا اطلع على عيب في نصيبه رجع بقيمته.

ومذهب «المدونة» بتتميم.

محمد: أنه يفرق بين الدور وغيرها، وهو المشهور المعمول به.

وقيد قوله: (**يَرْجِعُ بِقِيمَتِهِ**) بما إذا لم يكن يسيرًا جدا، فقد قال عبد الحق: عيوب الدار ثلاثة أقسام؛ قسم لا ترد به الدار ولا يرجع بقيمته ليسارته، يريد كالشرفات.

وقسم ترد من أجله، كخشية سقوطها، وقسم لا ترد به ويرجع بقيمته، كصدع في حائط ونحوه.

وقوله: (**وقِيلَ: كَغَيْرِهِ**) أي: ترد باليسير في الدور كغيرها.

وحكاه الباجي[1] عن بعض الأندلسيين.

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٨٩).

وفي المسألة قول ثالث: أن العروض كالدور لا يجب الرد فيها باليسير، قال في «المقدمات»[(١)]: وعلى هذا كان الفقيه ابن رزق يحمل الروايات حيثما وقعت، ويقول: لا فرق بين الأصول وغيرها.

ويؤيد تأويله: ما رواه ابن زياد عن مالك: فيمن ابتاع ثوبًا فاطلع فيه على خرق يسير، لا يرد ويوضع قدر العيب، ونحوه في «المختصر الكبير»، وهو خلاف ظاهرها وخلاف تأويل الجمهور عليها.

والفرق هو المشهور، وفرق له بوجوه:

أولها: أن الدور تراد للقنية غالبًا، والسلعة للتجارة.

ثانيها: أن الدور لا تنفك عن عيب، فلو ردت باليسير لأضر بالبائع.

ثالثها: أن عيوب الدار لا يحاط بها.

رابعها لابن يونس[(٢)]: أن الدور ليست لها أسواق فيضر بالمشتري ردها، إذ قد لا يجد ما يشتري، والبائع إذ قد لا يجد من يشتري.

خامسها: أن الدار كالأجزاء، فعيب اليسير منها كاستحقاقه فيرجع بنسبته.

سادسها: أن الدور مأمونة والعيب لا يفوت عينها؛ لأنها وإن انهدمت تبقى قاعتها ونقضها.

سابعها: أن عيب الدار يصلح ويزول بحيث لا يبقى منه شيء، وصوبه ابن محرز.

واختلف في حد اليسير: فمنهم من رد ذلك إلى العادة وهو الأصل.

وقال ابن أبي زيد: ما ينقص معظم الثمن فهو كثير.

ولا شك أن هذا كثير، ولكنه إن عني أنه لا يرد بما دون ذلك ـ وهو ظاهر ما فهموه عنه ـ فضعيف؛ لأن النصف ليس بمعظم الثمن.

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: ما نقص عن الثلث وأما الثلث فكثير، وسئل ابن عتاب عن ربع الثمن، فقال: كثير.

وقال ابن القطان: المثقالان يسير والعشرة كثير، ولم يبين من كم.

---

(١) «المقدمات» (٢/ ١٠١).

(٢) «الجامع» (٨ / ٤١٤).

وقال ابن رشد[١]: والعشرة من المائة كثير.

ولعل قوله تفسير لابن القطان.

والنَّقْصُ الَّذي لاَ يُطَّلَعُ عَلَيْه إلا بتَغَيُّره كَسُوسِ الْخَشَبِ بَعْدَ شَقِّه لاَ يُرَدُّ بِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ وَلاَ قِيمَةَ، قَالَ مَالكٌ: لأَنَّهُ أَمْرٌ دَخَلا عَلَيْه...

أي: إذا بيع شيء وفي باطنه عيب يجهله المتبايعان ولا يطلع عليه إلا بعد الشق كالخشب، فلا قيام للمشتري به ولا شيء له على البائع.

وعلله في «الموازية»، فقال: وهو أمر ثابت في هذه الأشياء معروف، يشتري عليه المشتري ويبيع عليه البائع، وإليه أشار بقوله: (**لأَنَّهُ أَمْرٌ دَخَلا عَلَيْه**).

ومقابل المشهور رواه المدنيون عن مالك أنه يرد به كسائر العيوب، وذكرها ابن شاس[٢] وغيره.

وفرق ابن حبيب فلم يثبت الخيار بما كان من أصل الخلقة وأثبته بما طرأ، كوضع الخشب في مكان ندي فيتعفن.

وحمله ابن يونس على الخلاف لمذهب «المدونة»، والمازري على الوفاق.

وعن ابن الماجشون: أنه لا رد في اليسير بخلاف ما كثر، ولو شرط البائع البراءة منه لم يجز؛ لأنه خطر.

وأَمَّا الْجَوْزُ والتِّينُ وشِبْهُهُ، فَقِيلَ: مِثْلُهُ، وقِيلَ: إنْ أَمْكَنَ اخْتِيَارُهُ بِكَسْرِ الْجَوْزَتَيْنِ رُدَّ لَهُ...

(**وشِبْهُهُ**) الفقوس، والخيار، والبطيخ، وقوله: (**مِثْلُهُ**) يحتمل أن يكون للتشبيه في المشهور فقط، فإن المشهور فيه نفي الرد بما يظهر من أمر البطيخ ونحوه.

نص عليه في «المدونة»، ويحتمل التشبيه في دخول القولين وهما أيضًا فيه.

وقوله: (**وقِيلَ**) هو في «الموازية»، يعني: أنه إن كان مما يمكن اختباره والاطلاع عليه حال العقد كالقثاءة والقثاءتين.

---

(١) «المقدمات» (٢/ ١٠١).

(٢) «الجواهر» (٢/ ٤٧٤).

أشهب: بإدخال العود الرقيق فيها، وكالجوزة والجوزتين مما يتحيل عليه بشيء فيعرف حالهما قبل الكسر، فله الرد به.

قال: وأما الأحمال الكثيرة فلا رد إلا أن يكون كله فاسدًا أو أكثره فيرد؛ إذ لا يخفى على البائع.

قال: وأما اليسير من الكثير فلا يرد ويلزمه البيع.

ولم ينقل المصنف هذا القول بكماله وذكر الاختيار بالكسر، وفي الرواية: إنما هو بالتحيل قبل الكسر.

ابن عبد السلام: وما في «الموازية» أظهر عندي.

وعن ابن الماجشون وأصبغ، أنهما قالا بإثر قول مالك: هذا في اليسير إذ لا يسلم منه، فأما الكثير فيرد، ولو شرط البائع البراءة منه لم يجز، وهذا كأنه عكس ما في «الموازية»، هكذا فهمه بعض الشيوخ.

وعندي أن معنى قولهما: أنه إذا اشترى كثيرًا، أو ما له قدر فوجد منه الجوزة والجوزتين، فإنه لا قيام له بذلك، إذ لا يكاد يسلم منه، وعلى هذا لا يكون عكس ما في «الموازية»، ولأجل ذلك قال صاحب هذا القول: وهذا في معنى قول مالك؛ أي: غير خارج عنه.

خليل: وانظر إذا بنينا على المشهور من نفي الرد فاشترط المشتري أنه إن وجده مُرا رده، وكذلك إذا اشترط الرد في البطيخ إن وجده غير حلو، هل يوفى له بهذا الشرط أو لا؟ والأظهر أنه يوفى له بذلك؛ لأن الأصل إعمال الشروط ما لم يعارض ذلك كتاب أو سنة.

ونص في «المدونة»[1] على أن البيض يرد لفساده ويرجع بالثمن.

قال: لأنه مما يعلم ويظهر فساده قبل كسره؛ أي: إذا كان مدلسًا.

قال في «الموازية»: وإن كان غير مدلس وكسر المشتري البيض وأتلفه، فإنه يرجع بما بين القيمتين إن كانت له قيمة يوم باعه بعد الكسر، وإلا رجع بالثمن كله.

ابن القاسم: وهذا إذا كسره بحضرة البائع، وإن كان بعد أيام لم يرد به؛ لأنه لا يدري

(١) «المدونة» (٣/ ٣٥٨).

أفسد عند البائع أو المبتاع ، وقاله مالك.

وَالتَّغْرِيرُ الْفِعْلِيُّ كَالشَّرْطِيِّ، وَهُوَ فِعْلٌ يُظَنُّ مِنْهُ كَمَالٌ كَتَلْطِيخِ الثَّوْبِ بِالْمِدَادِ

يريد بالتغرير الفعلي: أن يفعل البائع في المبيع فعلاً يستر به عيبه فيظهر في صورة السالم وليس كذلك، كصبغ الثوب القديم فيوهم جدته ، وكتلطيخ ثوب العبد بالمداد فيظن أنه كاتب ولا يوجد ذلك.

وقوله: (**كَالشَّرْطِيِّ**) أي: الذي اشترطت سلامته لفظًا.

وَأَصْلُهُ التَّصْرِيَةُ، فَإِنَّهَا كَاشْتِرَاطِ غَزَارَةِ اللَّبَنِ

أي: وأصل اعتبار هذا السبب والرد به، ما صح من حديث التصرية، أن رسول الله ﷺ قال: «**لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر**».

والتصرية: جمع اللبن في الضرع يومًا أو يومين حتى يعظم ثديها؛ ليوهم مشتريها أنها تحلب كل يوم مثل ذلك.

وهذا معنى قوله: (**فَإِنَّهَا كَاشْتِرَاطِ غَزَارَةِ اللَّبَنِ**) أي: فيوجب الخيار لفقدها.

فَلَوْ ظُنَّ مِنْ غَيْرِ تَغْرِيرٍ لَمْ تُرَدَّ بِهِ مَا لَمْ تَكُنْ ذَاتَ لَبَنٍ مَقْصُودَةً لَهُ وَكَتْمُهُ مَعَ عِلْمِهِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: وَإِنْ لَمْ تَكُنْ ذَاتَ لَبَنٍ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ زَادَ كَذَلِكَ...

أي: فلو ظن المشتري غزارة اللبن مع عدم تغرير البائع،كما لو كان الضرع لحمًا، فلا رد له إلا بثلاثة شروط: أن تكون ذات لبن، وعبر عنه في «المدونة» بأن يكون اشتراها في إبان الحلاب.

وأن يكون مقصوده الحلاب، وهو كقوله في «المدونة»[1]: أن تكون الرغبة فيها إنما هي اللبن، وأن يكون البائع قد علم قدر حلابها وكتمه عن المبتاع.

وقوله: (**مَعَ عِلْمِهِ**) زيادة إيضاح؛ لأن الكتم لا يكون إلا مع العلم.

وقال أشهب: للمبتاع ردها وإن لم يكن في إبان الحلاب، سواء علم البائع أم لا؛ لأنه عيب، والعلم إنما يظهر أثره في التدليس لا في مطلق الرد.

---

(١) «المدونة» (٣/ ٣٠٩).

ونصه عند ابن يونس، وقال أشهب: إذا كان البائع يعرف حلابها، فللمبتاع ردها حلبت أو لم تحلب، إلا إذا كانت شاة لبن.

وقال ابن المواز: أرى أن ينظر في ثمنها، فإن كان في كثرته ما يعلم أن ذلك لا لشحمها ولحمها ولا لرغبة في نتاج مثلها، وظهر أن الغالب من ذلك إنما هو اللبن، فليردها إذا كتمه البائع وثبت ذلك.

وجعل اللخمي محل الخلاف بين المذهب، وبين قول أشهب، وقول محمد إذا كان البيع في غير إبان الحلاب، وأنه يتفق على الرد إذا كان في إبانه.

وهذه المسألة ليست من التصرية، وإنما هي عندهم من الرد بالعيب، ولهذا قال يحيى ابن عمر: اللبن هنا للمشتري ولا صاع عليه إذا رد لضمانه، بخلاف المصراة.

فَإِنْ حَلَبَهَا ثَالِثَةً، فَفِيهَا: إِنْ كَانَ مَا تَقَدَّمَ اخْتِبَاراً فَهُوَ رِضًا، وقَالَ مَالِكٌ: لَهُ ذَلِكَ...

الضمير في (**حَلَبَهَا**) عائد على المصراة، قال فيها: فإن حلبها ثالثة، فإن جاء من ذلك ما يعلم أنه إنما حلبها بعد أن تقدم له من حلابها ما فيه خبرة، فلا رد له ويعد حلابها بعد الاختبار رضا بها، ولا حجة عليه في الثانية؛ إذ بها يختبر الناس ذلك ولا يعرف بالأولى، وقد علمت أن الضمير في: (**فَهُوَ رِضًا**) عائد على الحلاب الثالث.

وقوله: (**وقَالَ مَالِكٌ**) هو في «الموازية»: له أن يحلبها ثالثة ولا يعد ذلك رضا، وجعل المصنف هذا خلافًا «للمدونة» كاللخمي.

وقال عيسى بن دينار: إذا حلبها الثانية فنقص لبنها وظن أن ذلك من إنكار الموضع أو نحو هذا، ثم حلبها الثالثة فتبين له أنها مصراة فأراد ردها، فيحلف بالله ما كان ذلك منه رضا.

وقال محمد: إذا حلبها ثالثة فذلك رضا.

ابن يونس: وقول محمد هذا، وقول عيسى راجعان لما في «المدونة».

واختار اللخمي ما في «الموازية»؛ لما رواه البخاري، ومسلم، والترمذي وصححه، أنه ﷺ قال: «**من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام**».

أما إن حلبها رابعة فهي رضا باتفاق، حكاه ابن راشد.

فَإِنْ رَدَّهَا رَدَّ مَعَهَا صَاعًا مِنْ تَمْرٍ وَلَوْ غَلا، وقِيلَ: مِنْ غَالِبِ قُوتِ الْبَلَدِ

أي: فإن ردها بعيب التصرية رد معها صاعًا من تمر للحديث.

قال في «المدونة»(١): ولا لأحد في هذا الحديث رأي، فقدم الخبر على القياس.

عياض: وهو مشهور مذهبه، خلاف ما يحكيه العراقيون عنه.

وقدم في كتاب ابن عبد الحكم القياس، فقال: لا يرد معها شيئًا.

ورواه أشهب في «العتبية»(٢)، وقال به ابن يونس.

ولعل أشهب رأى أن حديث: «**الخراج بالضمان**» ناسخ له، وفيه نظر؛ لأن حديث: «**الخراج بالضمان**»، عام، وحديث المصراة خاص ببعض ما اشتمل عليه الخراج بالضمان، والخاص يقضى به على العام.

وقوله: **(ولَوْ غَلا)** مبالغة، وهذا القول حكاه ابن يونس عن بعض الأصحاب، وقدمه المصنف لأنه ظاهر الحديث، وتبعًا لابن شاس، فإنه قال: ثم قدر الصاع معين، فلا يزاد عليه لكثرة اللبن وغزارته، ولا ينقص منه لقلته ونزارته، ولا يلتفت إلى غلائه ورخصه، بل قال بعض المتأخرين: إن كانت قيمته تساوي قيمة الشاة أو تزيد، فظاهر المذهب أن عليه الإتيان به.

ولكن مذهب «المدونة»(٣) هو الثاني، ففيها: وإن كان ذلك ببلد ليس عيشهم التمر أعطى الصاع من عيش ذلك البلد، وعيش أهل مصر الحنطة فليعطوا منها.

وحملوا ذكر التمر في الحديث على أنه غالب قوت المدينة، ويؤيده ما ورد في بعض طرقه: «**وصاعًا من طعام لا سمراء**» فلم يذكر التمر بخصوصيته، وأخرج منه السمراء؛ لأنها ليست بطعام أهل الحجاز، وهو تنبيه على هذا المعنى أيضًا.

فلو كلف التمر في كل بلد لزم أن يرد المشتري ما يساوي نصف قيمتها أو أكثر، وهو مانع من ردها الذي دل الحديث على ثبوته.

وروى زياد عن مالك: يرد مكيل ما حلب تمرًا أو قيمته، واستبعده في «البيان»(٤)

---

(١) «المدونة» (٣/ ٣٠٩).

(٢) «البيان والتحصيل» (٧/ ٣٥٢).

(٣) «المدونة» (٣/ ٣٠٩).

(٤) «البيان والتحصيل» (٧/ ٣٥٢).

لمخالفته الحديث.

تنبيه :

الرد بعيب التصرية مشـروط بأن لا يعلم المشتري بذلك حين البيع، وأما إن علم حين البيع أنها مصراة فلا مقال له، إلا أن يجدها قليلة اللبن دون المعتاد من مثلها.

ابْنُ الْقَاسِمِ: وَلَوْ رَدَّ عَـيْنَ اللَّبَنِ لَمْ يَصِحَّ وَلَوِ اتَّفَقَـا؛ لأَنَّهُ بَيْعُ الطَّعَامِ قَـبْلَ قَبْضِـهِ، وَقَالَ سَحْـنُونٌ: إِقَالَةٌ...

أي: لو أراد المشتري أن يرد المصراة وما حلبـه منها لم يجز ذلك؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، فإن البائع وجب له صاع من طعام باعه قبل قبضه باللبن.

وقال سـحنون : يجوز ذلك ويعد إقالة، وقاله ابن وضاح وقيده بما إذا لم يغب على اللبن، ذكره في «البيان»(١).

وحمل اللخمي «المدونة»: على أن الحلاب تأخر، أما لو كان بفور العقد رده بعينه ولا يلزم المشتري عـوضه؛ لأن وجوب الصاع إنما كان مع التراضي لاخـتلاط ملك البائع بملك المشتري؛ لأن مـا حدث في ضرعهـا بعد الشراء فهـو للمشتري، وهذا منتف بفـور العقد لتمحض ما في الضرع للبائع.

ورده المازري: بأن اللبن إذا حلب غيره الهواء، فكأنه هو الذي ليس في الضرع.

ولا يصح أيضًا حمل «المدونة» على ما ذكره؛ لأنه قـال فيها: لو تراضيا على رد اللبن بعينه لم يجز، ولو كان لأجل الاختلاط لكان الحق للمشتري، فإذا رضي جاز.

فَإِنْ تَعَدَّدَتْ، فَفِي الاكْتِفَاءِ بِصَاعٍ قَوْلانِ

أي: فلو تعـددت المصـراة اثنان فأكـثـر، فهل يكتـفي في الجـمـيع بصاع وهو قـول الأكثرين، أو لابد في كـل واحدة من صاع وهو قول ابن الكاتب، واختـاره اللخمي وابن يونس، واحتج أحمـد بن خالد الأندلسي للأكثرين بأن غـاية ما يفيده تعـددها كثرة اللبن، وهذا لا يلتفت إليه، ألا ترى أن في لبن كل من الشاة والبقرة والناقة صاعًا واحدًا.

وأجيب: بأن هذه الألبان وإن اختلفت قدرًا فقد اختلفت في الطيب، فالأقل منها قدرًا

---

(١) «البيان والتحصيل» (٧/ ٣٥٢).

أطيب، وإنما يلزم ما قاله ابن خالد لو اختلفت في القدر واستوت في الطيب.

وفي جامع البيـوع من «البيان»[١] قول ثالث، وهو: لا شيء عليه فيـما احتلبه منها، بخلاف الشاة الواحدة؛ لقوله في الحديث: «**من اشترى شاة مصراة**».

فَلَوْ رَدَّ بعَيْبٍ غَيْرِهِ، فَفِي الصَّاعِ قَوْلانِ

أي: فلو رضي المشتري بعيب التصرية ثم اطلع على عـيب آخر فرد به، فقال محمد: لا يريد الصاع لحلابها، واختاره التونسي.

وعن أشهب: أنه يرد الصـاع بناء على أنه لما رد بغير عيب التـصرية كانت كأنهـا غير مصراة، أو يصدق عليه أنه رد مصراة.

وإِذَا اشْتَرَطَ الْبَائعُ الْبَـرَاءَةَ مِمَّا لَمْ يَعْلَمْ، فَطَرِيقَانِ؛ الأُولَى ثَالثُهَا فـي «الْمُوَطَّأ»: تُفِيدُ فِي الْحَيَوَانِ مُطْلَقًا، ورَابِعُهَـا فِي «الْمَدُوَّنَة»: تُفِيدُ فِي الرَّقِـيقِ خَاصَـةً. وخَامِـسُهَـا: تُفِيـدُ مِنَ السُّلْطَانِ، وسَادِسُهَا: ومِنَ الْوَرَثَةِ لِقَضَاءِ دَيْنٍ وشِبْهِه...

لما ذكر خيار النقيصة شرع في موانعه، وهي قسمان: مانع مطلقًا، ومانع على تقدير.

فالأول أربعة أنواع:

أولهـــا: أن يشترط البائع البراءة من العيـوب التي لا علم له بها، وذكر المصنف فيها طريقين: الأولى: المذهب على ستة أقوال:

الأول: أن شرط البراءة ينفع من كل بائع في كل مبيع، وهو قول مالك في «كتاب ابن حبـيب»، وقيـد بما عدا الحـمل الخفي مـن الرائعة؛ إذ لا تصح البـراءة منه لعظم الخطر، وقيدها الباجي[٢] والمازري أيضًا بما لا يشترط فيه التماثل، أما ما يشترط فيه كمد قمح بمد قمح، فلا يجـوز اشتراط البراءة فيـه؛ لما يؤدي إليه من التفاضل، قـالا: وكذلك لا يجوز التبرؤ في عقد القرض؛ لأنه إذا أسلف عبدًا وتبرأ من عيوبه دخله سلف جر منفعة.

الثاني: أن البراءة لا تنفع مطلقًا ، ذكره القاضي أبو محمد[٣] عن مالك؛ لأن البراءة توجب غررًا.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٧/ ٣٥٣).

(٢) «المنتقى» (٦/ ٧٠).

(٣) «المعونة» (٢/ ١٠١٦) والإشراف (٢/ ٥٥٥).

الثالث: وقع في بعض روايات «الموطأ»، وفي «الموازية»، و«الواضحة» أنها تنفع في الحيوان مطلقًا، ناطقًا أو غيره، ولا تصح في غيره.

الرابع، قال ابن عبد السلام: هو أشهر الأقاويل.

الباجي[(١)] ـ وهو الظاهر من المذهب ـ : أنها تفيد في الرقيق فقط، ووجهه: أنه قد يكره بعض السادات ويرغب في بعض، فيظهر من العيوب ما ليس فيه ويكتم ما فيه، تحيلاً منه على انتقال الملك.

وتصور الخامس ظاهر، وهو مقيد بما باعه السلطان لغيره، وأما إن كان لنفسه فهو كسائر الناس.

وتصور السادس ظاهر، وشبه الدين الوصية.

وقد أقيمت من «المدونة» الستة الأقوال.

وزاد عياض:

سابعًا لابن القاسم في «الموازية»: أنها لا تنفع في الحيوان والثياب إلا في الشيء اليسير التافه غير المضر، وأما ما هو مضر فيرد به، ونحوه في «العتبية».

وثامنًا: أنه لا يفيد إلا فيما طالت إقامته عند البائع، واستغنى المصنف عن هذا بما سيذكره بقوله: فلو باع بحدثان ملكه، فالمشهور: لا يفيد.

وتاسعًا: أنها لا تنفع إلا من السلطان خاصة في البيع للدين، ونحوه في الرقيق خاصة، وهو نص «الموازية».

وعاشرًا لابن حبيب: إن كان البيع طوعًا فلا يفيد إلا في الرقيق خاصة، وأما ما باعه السلطان في فلس، أو موت، أو على الأصاغر، فهو بيع براءة في الرقيق والحيوان والعروض وإن لم يشترط البراءة، وقاله مطرف، وابن الماجشون، وأصبغ وغيرهم.

وبهذا يظهر رجحان هذه الطريقة على الطريقة الثانية؛ لأن من حفظ مقدم.

الثَّانِيَةُ: تُفِيدُ إِنْ كَانَ يَسِيراً، أَوْ مِنَ السُّلْطَانِ، وفِي غَيْرِهِ قَوْلانِ

هي لابن أبي زيد، وابن الكاتب، وابن محرز، قالوا: اتفق قول مالك على أن بيع

(١) «المنتقى» (٦/ ٧١).

السلطان بيع براءة، كان البـيع يسيرًا أو كثيـرًا، أو أن العيب اليسير تـصح البراءة منه، كان البائع سلطانًا أو غيره.

ابن الكاتب: وإنما كان كذلك؛ لأنه حـكم منه بالبيع، وبيع البراءة مختلف فـيه، فإذا حكم السلطان بأحد أقوال العلماء، لم ترد قضيته عند من يرى خلاف رأيه فيما حكم به.

المازري: وفيه نظر، فإن السلطان لم يتعرض في البيع إلى خلاف ولا وفاق، ولا قصد فيه إلى حكـم بإنفاذ بيع على البراءة لينفذ حكمـه، وإنما فعل ذلك لما أوجبه الشـرع عليه، ونسب للمغيرة أن اليسير الثلث فدونه، لكن لم أر له أن بيع السلطان بيع براءة.

قوله: **(وفِي غَيْرِه)** أي: وفي غير ما ذكر، وهو الكثير من غير قول السلطان قولان.

فَأَمَّا فِيمَا عُلِمَ فَلا تُفِيدُ

أي: أن الأقوال المتقدمة في الطريقين إنما هي فيما لا يعلم البائع به، وأما ما علمه من العيوب فلا يفيد البراءة حينئذ اتفاقًا.

فَلَوْ بَاعَ بِحَدَثَانِ مِلْكِه، فَالْمَشْهُورُ: لا تُفِيدُ

قــال فـي «المدونة»[1] في التجار يقـدمون بالرقيق فيبـيعونه بالبراءة ولم تطل إقـامته عندهم، قال: هؤلاء يريدون أن يذهبوا بأموال الناس باطلاً لا تنفعهم البراءة.

والشاذ لعبد الملك قياسًا على السلطان.

وبَيْعُ السُّلْطَانِ عَلَى تَفْرِيعِ الْبَرَاءَةِ لا يُحْتَاجُ إِلَى اشْتِرَاطِهَا

يعني: حيث فـرعنا على أن بيع السلطان بيع براءة، فالحكم يقتـضيها ولا يحـتاج في إثباتها إلى شرط.

وظاهر كلامه: أن هذا مقصور على الحاكم، وحكى غيره هذا القول فزاد مع السلطان أهل الميراث، وزاد فيه أيضًا أن البراءة لا تنفع في غيرهما ولو اشترطت.

ولَوْ ظَنَّ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ غَيْرُهُ، فَقَوْلانِ: الْخِيَارُ، واللُّزُومُ

أي: وإذا فرعنا على أن بيع الحـاكم بيع براءة، فظن المشتـري أن البائع غيـر القاضي، ففي «المدونة»: له الخيار بين أن يرد أو يحبس بلا عهدة.

---

(١) «المدونة» (٣/ ٣٦٦).

وقال ابن حبيب: يلزمه وإن لم يذكر متوليه أنه بيع ميراث أو فلس، وكأنه رأى أن بيع ذلك لا يخفى، فلا يقبل دعواه الجهل.

وإِذَا تَبرَّأَ مِنْ عَيْبٍ لَمْ يَنْفَعْهُ حَتَّى يَعْلَمَ بِمَوْضِعِه، وجِنْسِـه، ومِقْدَارِه، ومَا فِي الدَّبَرَةِ مِنْ نَقْلٍ وغَيْرِهِ، وكَذَلِكَ لَوْ أَجْمَلَ كَسَرِقَةِ الْعَبْـدِ أَوْ إِبَاقِه، فَيُوجَدُ يَنْقُبُ، أَوْ قَدْ أَبَقَ مِنْ مِصْرَ إِلَى الْمَدِينَةِ...

لما تكلم على البراءة العامة في جميع العـيوب أخذ يتكلم عن البراءة من عيب معين، أو تقول: لما تكـلم على البراءة مما لم يعلم تكلم فـيمـا يعلم، ثم لا يخلو إما أن يتـفاوت العيب في نفسه بالقلة والكثرة أو لا، فبراءة الثاني تسميته كقطع اليد مثلاً والعور.

والأول لا ينفعه إلا بثلاثة شروط:

أولها: أن يقول هو به .

ابن المواز: ولا ينفعه لو أفرده، فقال: أبيعك بالبراءة من كذا حتى يقول: إن ذلك به.

ورأى ابن يونس العيب يبرأ إذا أفرده بالذكر، سواء قال ذلك العيب به أو لا.

ثانيها: أن يطلعه على ما يعلم من حاله بشهادة، أو خبر يقوم مقامها.

ثالثـها: أن لا يحملها مع غيره، ففي «المدونة»[1] وغيرها: وإن تبرأ إلـيه من عيوب بعضها فيه وبعضها ليست فيه لم تنفعه البراءة، وللمبتاع الرد بما اطلع عليه مما سمى له ولم يره إياه.

وعلل ذلك بأنه لما ذكر له مـا ليس فيه اعـتقد المبتـاع أن جميع ما ذكـر كذلك، فكان بمنزلة من لم يتبرأ من عيب.

قـوله: **(حَتَّى يَعْلَمَ بِمَوْضِـعِه)** لأنه يغتفـر بموضع دون آخر، **(وجِنْسِـه)** لأنه يخـتلف اختلافًا كثيرًا، ولو لم يبينه كان العَقد فاسدًا، **(ومِقْدَارِه)** لأن القدر يختلف.

واختلف إذ باع ولم يبين قـدره، فقال ابن القـاسم عن مالك: البيع ثابت، فـإن ظهر على الفاحش من ذلك فله الرد.

وقال أشـهب: يفسخ البيع، قـاله في الدبرة، والكي، والقروح، والجراحـات، وقول

(١) «المدونة» (٣/ ٣٦١).

ابن القاسم أحب إلي؛ لأن أشهب وافق في مسألة الإباق أن البيع ثابت وله الرد.

وقوله: **(ومَا فِي الدَّبَرَةِ مِنْ نَقْلٍ)**، الجوهري[1]: الدبرة بالتحريك واحدة الدبر والأدبار، مثل: شجرة وشجر وأشجار، يقول منه: دبر بالكسر وأدبره القتب، قال: وبرئ الجرح، وفيه شيء من نقل بالتحريك أي فساد.

وعطف مسألة الدبرة على ما تقدم، والعطف يقتضي المغايرة، وكان ينبغي أن يجعلها مثالاً لما تقدم؛ لأنها راجعة إلى بيان القدر.

وإِذَا فَاتَ الْمَبيعُ حسًا بتَلَف، أَوْ حُكْمًا بعتق، أو استيلاد، أَوْ كتَابَة، أَوْ تَدْبير فَاطَّلَعَ عَلَى الْعَيْبِ تَعَيَّنَ الأَرْشُ، فَيُقَوَّمُ سَالِمًا ومَعِيبًا، ويَأْخُذُ مِنَ الثَّمَنِ نِسْبَةَ مَا بَيْنَ الْقِيمَتَيْنِ...

هذا هو المانع الثاني، وتصوره واضح.

ومثال التقويم: لو كان العبد يساوي صحيحًا مائة ومعيبًا ثمانين، فيرجع عليه بخمس الثمن؛ لأن نسبة العشرين إلى المائة الخمس، فلو كان الثمن مائتين رجع عليه بأربعين؛ لأنه صار لكل عشرين من القيمة أربعون من الثمن.

والأرش، قال ابن قتيبة وغيره: مأخوذ من قول العرب أرشت بين الرجلين تأريشًا، إذا أغريت أحدهما على الآخر وأوقعت بينهما الخصومة.

فسمى نقص السلعة أرشًا؛ لكونه سببًا للتأريش وهو الخصومة.

وإِنْ كَانَ بإِجَارَةٍ أَوْ رَهْنٍ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: إِذَا عَادَ إِلَى يَدِهِ رَدَّهُ، وقَالَ أَشْهَبُ: إِنْ خَلَّصَهُ عَاجِلاً...

أي: فإن تعذر رد عين المبيع مع بقاء عين الملك فيه لتعلق حق آخر، كما لو أجرها أو رهنها ثم اطلع فيها على عيب وهي بيد المستأجر أو المرتهن، فقال ابن القاسم في «المدونة»[2]: يبقى الأمر في العيب موقوفًا حتى يفتكها من الإجارة أو الرهن.

فإن خرجت من الإجارة والرهن وهي على حالها ردها، وإن فاتت أو تغيرت حكم فيها بحسب ما يقتضيه المذهب في ذلك من القلة، والكثرة، والتوسط.

---

(١) «الصحاح» (٢/ ٣٤).

(٢) «المدونة» (٣/ ٣٢٨).

وقال أشهب أيضًا في «المدونة»[١]: إن افتكه حين علم بالعيب فله رده، وإلا كان فوتًا فيرجع بالأرش.

ووقع في أكثر النسخ ـ وهي: نسخة ابن راشد، وابن عبد السلام ـ: فقال ابن القاسم: إذا عاد في نحو الشهر رده.

واعترض ابن عبد السلام عليها من أجل أن ما ذكره عن ابن القاسم مخالف لما تقدم.

وذكر الباجي[٢] عن ابن القاسم الفرق بين اليسير والكثير كما ذكره المصنف، لكنه لم يقيده بالشهر، وإنما قيده ابن حبيب، فقال: إن كان أجل ذلك قريبًا كالشهر ونحوه فليؤخر إلى انقضائه وهو على أمره، فإن بعد كالأشهر والسنة فهو كالفوت، ويرجع بقيمة العيب إلا أن يفتكها معجلة.

أبو محمد: وهذا خلاف قولي ابن القاسم وأشهب.

فَإِنْ تَعَذَّرَ الرَّدُّ لِعَقْدٍ آخَرَ، فَإِنْ كَانَ لِغَيْرِ مُعَاوَضَةٍ فَالأَرْشُ

أي: كالهبة والصدقة، وهذا هو المشهور.

وروى زياد عن مالك: أنه إذا تصدق به أو أعتقه أن ذلك فوت، ولا رجوع له بقيمة العيب، ولعله يقول مثل ذلك في الهبة.

وعلى المشهور، فقال سحنون، وعيسى في «العتبية»: يكون الأرش للمتصدق لا للمتصدق عليه، واختلف إذا وهبه لابن له صغير، فقال ابن حبيب: ذلك فوت، وقال ابن الكاتب: ليس بفوت؛ إذ له الاعتصار.

فَإِنْ كَانَ بِمُعَاوَضَةٍ مَعَ الْبَائِعِ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الأَوَّلِ، فَلاَ كَلاَمَ لَهُ

يعني: فإن اطلع المشتري على عيب في المبيع بعد أن أحدث فيه عقد معاوضة مع بائعه، فإن باعه بمثل الثمن الأول فلا كلام للمشتري على البائع؛ لأن ثمنه قد رجع إليه.

وإِنْ كَانَ بِدُونِهِ اسْتَتَمَّ

كما لو اشتراه بمائة ثم باعه للبائع بثمانين ثم اطلع على العيب، فله أن يرجع بعشرين

---

(١) «المدونة» (٣/ ٣٢٨).

(٢) «المنتقى» (٦/ ٩٥).

تمام الثمن الأول.

وفي الرجوع إذا لم يكن البائع مدلسًا نـظر؛ لإمكان أن يقال: إن المشتري إما أن يعلم بالعيب حين البيع أو لا، فـإن علم فقد رضي، وإن لم يعلم فالنقص مـا كان لأجل العيب وإنما كان بحوالة الأسواق.

وهذه حجـة ابن القاسم إذا باعه من أجنبـي، وعلى هذا فلا يبعـد أن يخرج في هذه المسألة الأقوال الآتية في البيع من أجنبي. والله أعلم.

وإِنْ كَانَ بأَكْثَرَ، فَإِنْ كَانَ مُدَلِّسًا فلاَ كَلامَ لَهُ، وإِنْ كَانَ غَيْرَ مُدَلِّسٍ رَدَّ ثُمَّ رَدَّ عَلَيْه...

أي: وإن كان المشتري قد باعه من بائعه بأكثر مما اشتراه به، فإن كان البائع أولاً مدلسًا فلا كلام له لأنه رضي، وإن كان غير مدلس رد على المشتري، ثم للمشتري أن يتماسك أو يرد.

مثاله: لو اشتراه بعشرة ثم باعه البائع بخمسة عشر، فله أن يرد ويأخذ خمسة عشر.

وإِنْ كَانَ مَعَ غَيْرِ الْبَائِعِ ونَقَصَ، فَثَلاثَةٌ فِي «الْمُوَطَّأ»: يَرْجِعُ بقِيمَةِ الْعَيْبِ، ورُوِيَ: يَرْجِعُ بالأَقَلِّ مِنَ النَّقْصِ وقِيمَةِ الْعَيْبِ إِنْ كَانَ نَقَصَ، وفِيهَا: لا كَلامَ لَهُ...

أي: وإن كان العقد بمعـاوضة مع غير البائع ونقص الثمن في هذه المعاوضـة عما كان اشتراه، فثلاثة أقوال:

الأول: يرجع بقيمة العيب، قاله مالك في «المختـصر»، واختاره محمد بن عبد الحكم وزعم أن هذا مـذهب مالك في «مـوطئه»[1]؛ لقوله فـيه: إذا فات العبد بـوجه من وجوه الفوت فللمشتري الرجوع بقيمة العيب.

قال محمد: والبيع فوت.

قال في «التلقين»[2]: وهذا هو الصحيح.

الثاني رواه أشهب عن مالك: أنه يرجع بأقل الأمرين من نقص الثمن أو قيمة العيب؛ لأنه إن كانت قيـمة العيب أقل فأخذها فـلا مقال له، كما لو كان سليـمًا، وإن كان الذي نقصه أقل فأخذه فلا مـقال له؛ لأنه لو لم ينقص ثمنه لم يرجع بشيء، وهو قول أشهب،

---

(١) «الموطأ» (٢/ ٦١٣).

(٢) «التلقين» (٢/ ٣٨٨).

واختاره ابن حبيب، وروي أيضًا عن مالك.

وقوله: (**إِنْ كَانَ نَقَصَ**) تكرار؛ لأن فرض المسألة مع النقص.

والقول الثـالث في «المدونة»[(١)]: لا يرجع بشيء إلا أن ترجع إليـه السلعة فله ردها، واحتج بأن المشتري إن كان عالمًا بالعيب حال البيع فقد رضي، وإلا فالنقص إنما كان بحوالة السوق لا للعيب، واختاره ابن المواز، وقال: إلا أن يكون نقص من أجل العيب، مثل: أن يبيعه بالعيب وهو يظن أنه حدث عنده ولم يعلم أنه كان عند بائعه، أو يبيعه وكيل له ويظن ذلك فيرجع عليه بالأقل، كقول أشهب.

وظاهر كلام ابن يونس: أن قول محمد تقيـيد لقول ابن القاسم، وبذلك صرح غيره، ولم يذكـر ابن الجلاب[(٢)] ذلك على أنه تقييد، بل قال: ولو بـاعه ثم ظهر بعد البيع على عيب لم يرجع على البائع بشيء، وقيل: بيعه كموته وعتقه، ويرجع على البائع بأرشه.

وقد قيل: إن كان قد نقص من ثمنه لأجل عيب وظن أن العيب حدث عنده، ثم علم أنه كان قديمًا عند بائعه، أن له أن يرجع بأرش العيب عليه.

وقيد المصنف المسألة بالنقص؛ لأنه لو باع بمثل الثمن الأول فأكثر، فأحرى أن لا مقال له على قول ابن القاسم، وكذلك لا مقال له على قول أشهب.

وأما على ما نسب «للموطأ» فـله قيمة العيب؛ لأنه جعل خروج المبـيع من يد مشتريه بالبيع كخروجه بالهبة وشبهها.

فَإِنْ عَادَ إِلَيْـه بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ، أَوْ بِمِلْكٍ مُسْتَأْنَفٍ مِـنْ بَيْعٍ، أَوْ هِبَةٍ، أَوْ إِرْثٍ فَلَهُ الرَّدُّ، وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْبَيْعِ: يُخَيَّرُ فِي رَدِّهِ عَلَى الْبَائِعِ الأَوَّلِ أَوْ رَدِّهِ عَلَى الْمُشْتَرِي الثَّانِي، فَإِنْ رَدَّهُ رَدَّهُ..

أي: فإن عاد إلى البـائع الثاني الذي هو مشتر أولاً، فـإن رد عليه بعيب فله رده على البائع الأول، ولا يخالف أشهب في هذا الوجه.

وأما إن رجع إليه بغير الرد بالعيب، بل بملك مـستأنف من بيع، أو هبة، أو ميراث، فقال ابن القاسم في «المدونة»[(٣)]: له الرد بالعيب على البائع الأول.

---

(١) «المدونة» (٣/ ٣٥٩).

(٢) «التفريع» (٢/ ١٧٤).

(٣) «المدونة» (٣/ ٣٤٤).

وقال أشـهب: إن رجع إليه ببيع خيـر بين ما قاله ابن القاسم وبين أن يرده على الذي اشتراه منه آخرًا؛ لأنه صار بائعًا ، فإن رده على الأول أخذ منه الثمن الأول، وإن رده على المشتري الأخير أخذ منه الثمن، ثم يخير المشتري الأخير بين أن يتماسك به فيتم العمل، أو يرده على المشتـري الأول، فإن رده عليه فله أن يرده على البائع الأول، وهذا مـعنى قوله: **(فَــإِنْ رَدَّهُ رَدَّهُ)** أي: فإن رده المشتـري الأول على المشتري الثاني رده المشـتري الثاني على المشتري الأول إن شاء، ثم يرده المشتري على البائع الأول إن شاء.

وظاهر قول ابن القـاسم في «المدونة»(١): أنه يرد على البائع، سواء قـام عليه بالعيب قبل أن يرجع إليه المعيب أم لا.

وقال ابن حبيب: إن كـان قام عليه قبل أن يرجع فحكم له بعـدم الرجوع لخروجه من يده بمثل الثمن فأكثر فلا قيام له.

أبو محمد: وهو بعيد من أصولهم.

ابن يونس: لأنه إنما منع من القيام عليه لعلة وقد ارتفعت.

والسُّكُوتُ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ والفِعْلُ الدَّالُّ عَلَى الرِّضَا كَالْقَوْلِ

هذا هو المانع الثالث، وهو ظهور ما يدل على الرضا به من السكوت عن القيام به ولا مانع من خوف ونحوه، أو فعل دال على الرضا كما سيأتي.

وشبه السكوت والفعل بالقول؛ لأنه أصرح منهما.

وهذا لأن الرد بالعيب على الفور، ويبطل بالتأخيـر من غير عذر؛ إذ الأصل في البيع اللزوم، فإذا تمكن من الرد وتراخى عنه لزمه.

قال في «المدونة»(٢): إلا أن يكون كاليوم ونحوه بعد أن يحلف أنه ما كان منه رضا.

ابن عبـد السلام: وما ذكره من أن السكوت يـدل على الرضا هو ظاهر المذهب، وإن كان بعض الـشيوخ يذكـر اختـلافًا في السكوت هل يتنزل منزلة النطق؟ والذي تـدل عليه مسائل المـذهب: أن كل ما يدل على ما في نفس الإنسان من غـير النطق، فإنه يقـوم مقام النطق، نعم يقع الخلاف في المذهب في فروع، هل حصل فيها دلالة أم لا؟

---

(١) «المدونة» (٣/ ٣٤٤).

(٢) «المدونة» (٣/ ٣٩٩).

فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ غَائِبًـا أَشْهَدَ شَاهِدَيْنِ، فَإِنْ عَجَزَ أَعْلَمَ الْقَاضِيَ فَـتَلَوَّمَ ثُمَّ قَضَى عَلَيْهِ بَعْدَ أَنْ يُثْبِتَ الْعُهْدَةَ...

أي: فإن كان البائع حـاضرًا معه في البلد رد عليه، وإن كان غائبًـا أشهد شاهدين أنه لم يرض بالعيب، ورد عليه إن أمكن بأن تكون غيبته قريبة أو له وكيل حاضر.

فإن عجز عن الرد لـبعد الغيبة رفع إلى القـاضي فيثبت عنده الشراء وصحـته وصحة ملك البائـع إلى حين البيع، وأنه اشتـرى على بيع الإسلام وعـهدته ـ أي: على حـقه في العيب والاستحقاق ـ وليس مراده عهدة الثلاث أو السنة.

وهذا الشـرط وقع في «المدونة» (١)، وقيده بما إذا لم يرد أن يـحلف؛ لأن القول قول المشتري مع يمينه على نفي البراءة.

وفصل اللخـمي، فقال: إن كـانت العادة البيع على البـراءة لم يحكم له بالرد إلا أن يثبت أنه ابتــاع إلى العهدة، وإن كانت الـعادة العهدة أو لا عـادة بواحد منهما، فـهو على العهدة ويستظهر عليه باليمين.

ابن لبابة، وابن رشد وغيرهما: ويثبت يوم التبايع؛ لأن العيوب تقدم وتحدث.

وقوله: (فَتَلَوَّمَ) أطلق في التلوم، وقيده في «المدونة» في كتاب العيوب بأن يكون بعيد الغيبة وطمع في قدومه.

ابن بطال: تلومًا يسيرًا، ولم يذكـر في «المدونة» في باب التجارة لأرض الحرب وباب القسم تلومًا.

المتيطي: وحمل ذلك غير واحد من الشيوخ على الخلاف.

خليل: ولا يبعد حمله على الوفاق، والذي اعتمد عليه أصحاب الوثائق التلوم.

قال في «المدونة»(٢): ولا يعجل بالقضاء على قريب الغيبة.

واختلف الشيوخ إذا قالت البينة لا نعلم مكانه، هل يكون ذلك كشهادتهم ببعد الغيبة ويقضى عليه وهو قـول ابن مالك القرطبي، أو ذلك بمنزلة الغيـبة القريبة فـلا يقضى عليه وهو قول ابن سهل.

---

(١) «المدونة» (٣/ ٣٣٧).

(٢) «المدونة» (٣/ ٣٣٨).

والأول أصوب، وهو الذي تدل عليه «المدونة» والمسائل، وساق مسائل تدل على ما ذكره من أن مجهول الغيبة بمنزلة بعيدها.

وما تقدم من أنه لابد من إثبات صحة الشراء كذلك هو في «المدونة»، وقيده بما إذا لم يرد أن يحلف.

فضل: لأن وجوب اليمين في العهدة آكد منها في هذا؛ لأن البينة إذا شهدت بصحة العقد يكون وقوع الفساد بعيدًا بخلاف البراءة؛ لإمكان أن يكون أبرأه بعد.

ويثبت أيضًا أنه نقد الثمن، وأنه كذا وكذا إن أراد أخذه، قاله في «المدونة»[١].

ابن رشد[٢] وغيره: إلا أن يكون قد مضى من المدة ما لو أنكر البائع القبض كان القول قوله مع يمينه أنه قد دفعه إليه، وذلك العام والعامان على ما ذهب إليه ابن حبيب، والعشرون عامًا ونحوها على ما ذهب إليه ابن القاسم.

ويثبت وجود العيب الذي يوجب الرد، وأنه أقدم من أمد التبايع، قالوا: ويحلف على أنه بيع صحيح وأنه لم يبرأ منه، وأنه ما اطلع عليه بعد البيع ورضيه، ولا استخدم العبد بعد اطلاعه على العيب.

وتَصَرُّفُ الْمُضْطَرِّ ـ كَالْمُسَافِرِ عَلَى الدَّابَّةِ ـ لَيْسَ بِرِضًا، خِلافًا لأَشْهَبَ

لما قدم أن التصرفات الاختيارية تدل على الرضا تكلم على ما لا يدل على ذلك كالتصرف حال الاضطرار، ومثل ذلك بالمسافر يطلع على عيب في الدابة فيتمادى على ركوبها، وفي معناه الحمل عليها.

وقوله: (**لَيْسَ بِرِضًا**) هو قول ابن القاسم وروايته عن مالك في «العتبية»، وبه أخذ أصبغ وابن حبيب لأنه كالمكره، قال في هذه الرواية: وليس عليه شيء في ركوبها بعد علمه، ولا عليه أن يكتري غيرها ويسوقها وليركب، فإن وصلت بحالها ردها، وإن عجفت ردها وما نقصها، أو يحبسها ويأخذ قيمة العيب.

قال في «البيان»[٣]: ولا يجب عليه الرجوع بها إلا أن يكون قريبًا لا مؤنة عليه في

(١) «المدونة» (٣/ ٣٣٧).

(٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ٣٠٥).

(٣) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٦٥).

الرجوع، ويستحب له أن يشهد أن ركوبه إياها ليس برضا منه بالعيب، فإن لم يفعل لم يضره ذلك، وقال أشهب في «الموازية»، ورواه عن مالك: إن حمله عليها رضا كالإقامة، وبه قال ابن عبد الحكم.

وإلى هذا أشار المصنف بقوله: (**خِلافًا لأَشْهَبَ**).

ووقع في بعض النسخ بعد قوله: (**لَيْسَ بِرِضًا**)، (لأنه غلبة) وهو تعليل لا يحتاج إليه؛ لأن المضطر يغني عنه.

ونقل في «البيان»[1] عن ابن كنانة: إذا وجد العيب بالدابة في سفر فليشهد عليه ويردها ولا يركبها في ردها، إلا أن يكون بين قريتين فيبلغ عليها إلى القرية ليشهد. وعن ابن نافع: أنه لا يركبها ولا يحمل عليها، إلا أن لا يجد من ركوبها والحمل عليها بدًا في السفر، فليشهد على ذلك ويركب أو يحمل إلى الموضع الذي لا يجوز له أن يركبها.

يعني: حتى يجد حكمًا وبينة تشهد له بذلك الموضع بما يستوجب ردها، قال: فاعرف أنها ثلاثة أقوال، وعلى هذا فيتحصل فيها بقول أشهب أربعة أقوال.

وَمَا لاَ يَنْقُصُهُ - كَالدَّارِ - لَيْسَ بِرِضًا ؛ لأَنَّهُ غَلَّةٌ

أي: إذا اشترى دارًا فسكنها واطلع على عيب بها وبائعها غائب أو حاضر، فله التمادي على السكنى من غير هدم.

المازري وغيره: ولا يلزمه إخلاؤها، بل يبقى على استعمالها وهو يخاصم؛ لأن ذلك غلة وخراج، والخراج بالضمان وضمانها منه.

اللخمي: والغلة له حتى يحكم بالفسخ.

وقوله: (**لأَنَّهُ غَلَّةٌ**) جواب عن سؤال مقدر، كأن قائلاً يقول: فإذا لم يكن سكناه دليلاً على الرضا وهو قد سكن عالمًا بالعيب عازمًا على الرد، فينبغي أن يرد الكراء، فأجاب: أنها غلة والخراج بالضمان، وليس مراده تعليل تمادي السكنى بالغلة؛ لأن ذلك منقوض بالثوب والعبد ونحوهما.

ويحتمل أن تكون غلة موصوفًا حذفت صفته، والتقدير: أنه غلة غير منقصة، ودل على هذا المحذوف صدر المسألة وهو قوله: (**وَمَا لاَ يَنْقُصُهُ**) وعلى هذا فتكون العلة في

---

(١) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٦٥).

حصول الرضا الاستغلال المنقص.

بِخِلاَفِ الْعَبْدِ والدَّابَّةِ علَى الْمَشْهُورِ، فَيَنْزِلُ عَنِ الدَّابَةِ مَا لَمْ يَتَعَذَّرْ قَوْدُهَا

أي: أن الحكم في العبد والدابة ونحو ذلك كالثياب مخالف للدار؛ لأن العبد والدابة يغيرهما الاستعمال.

ومراده في حق الحاضر؛ لجعله هذا قسيمًا للمسافر.

والشاذ لابن حبيب: لا بأس أن يركب الدابة في مكانه بالمعروف إذا ألجأه البائع إلى الخصومة حتى يحكم له بردها؛ لأن عليه النفقة ومنه الضمان، وكذلك الجارية والعبد له أن يستخدمهما بالمعروف.

واتفق على أنه إن لبس الثوب أو وطئ الجارية أن ذلك رضًا؛ لأن اللبس ليس غلة وهو ينقص الثوب، والوطء لا يحل في أمة لا يختار إمساكها.

وقوله: (**فَيَنْزِلُ عَنِ الدَّابَّة**) تفريع على المشهور، وتبع المصنف في هذا ابن شاس[1]، وهو مخالف لظاهر قوله في «العتبية»[2].

وأما الحاضر فإن ركبها ركوب احتباس لها بعد أن علم بالعيب لزمه، وذلك رضًا.

وأما إن ركبها ليردها وشبه ذلك، فلا شيء عليه.

وفي «البيان»[3]: وأما الحاضر فليس له أن يركبها بعد وجود العيب بها إلا في ردها.

وفيما ذكره المصنف حرج؛ إذ نزول ذي الهيئة عن الدابة وقودها عليه من أعظم الحرج، والظاهر: أن له ركوبها إلى منزله.

ويمكن حمل كلام المصنف عليه بأن يقال، قوله: (**مَا لَمْ يَتَعَذَّرْ قَوْدُهَا**) معناه: سواء كان تعذر القود من جهتها أو من جهة المشتري؛ لأن المشتري إذا كان من ذوي الهيئات يتعذر عليه قودها.

وإِذَا زَالَ الْعَيْبُ مُنِعَ الرَّدُّ، إلا فِيمَا لَهُ عَلَقَةٌ كَالطَّلاقِ، واحْتِمَالِ عَوْدِ الْبَوْلِ

هذا هو المانع الرابع؛ أي: إذا زال العيب قبل القيام به فلا رد له؛ لأن العلة في تخيير

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٨٨).

(٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٦٥).

(٣) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٦٦).

المشتري في الرد وجود العيب، فإذا زال العيب على وجه تؤمن معه العودة فيزول التخيير، ثم استثنى ما له علقة كطلاق العبد؛ لبقاء التشوف بعد الطلاق للزوجة، وما لم تؤمن عودته كالبول في الفراش، وهكذا قال ابن القاسم.

وقال أشهب: إن انقطع انقطاعًا بينًا كالسنين الكثيرة فليس بعيب، وإن كان اليسيرة فهو عيب.

وحمل اللخمي قول أشهب على الخلاف.

وقال ابن محرز: إذا تحقق الانقطاع فابن القاسم يوافق أشهب، ورأى أن الخلاف بين ابن القاسم وأشهب إنما هو للاختلاف في الصورة.

وقال الباجي[1]: يحتمل أن يكون قول ابن القاسم وأشهب في ذلك واحدًا إذا انقطع عنها العشرة أعوام ونحوها.

ولم يذكر المصنف في الطلاق خلافًا، وذكر فيه ابن رشد[2] وفي الموت ثلاثة أقوال:

أحدها لمالك: أنه لا يذهب بذلك لاعتياده بالزوجة، وكذلك الأمة لاعتيادها بالزوج، والطلاق أشد لما يخشى من تعلق نفسه بها وتعلق نفسها به.

الثاني لابن حبيب، وأشهب: أن العيب يذهب بالموت دون الطلاق.

ابن حبيب: إلا أن تكون الأمة رائعة؛ يعني: في الموت.

ابن رشد[3]: وهو أعدل الأقوال.

الثالث: أن العيب يذهب بالموت والطلاق، تأوله فضل على «المدونة»[4] من قوله: إذا اشترى الأمة وهي في عدة من طلاق فلم يعلم بذلك حتى انقضت العدة، أنه لا رد له، قال: وليس ببين؛ لاحتمال علمه بالزوجية دون العدة.

واختار التونسي أيضًا: أنه يرتفع بالموت والطلاق ليس من هذا الموضع، ولكن احتج عليه بأنه لو لم يكن كذلك لزم إذا وهبها لعبد يطؤها ثم انتزعها أن عليه البيان.

---

(١) «المنتقى» (٦/ ١٠٩).

(٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٧٧).

(٣) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٧٧).

(٤) «المدونة» (٣/ ٣٥٠).

ابن رشد(١): ولعمري إن بينهما لفرقًا؛ لحق الزوجة في الوطء دون الأمة.

ابن عبد السلام: وهذا الفرق ليس ببين؛ لأن علة كون الزوجية عيبًا ليس هو وطء الزوج أو الزوجة، وإنما هو تأنس العبد والأمة بالوطء، وذلك لا يفترق فيه سيد من زوج.

وتَغَيُّرُ الْمَبِيعِ الْيَسِيرِ كَالْعَدَمِ، وَالْمُخْرِجُ عَنِ الْمَقْصِدِ مُفِيتٌ بِالأَرْشِ، وَمَا بَيْنَهُمَا يُخَيَّرُ الْمُشْتَرِي فِي أَخْذِ أَرْشِ الْقَدِيمِ، وفِي رَدِّهِ ودَفْعِ الْحَادِثِ

لما تكلم على ما يمنع الرد مطلقًا شرع فيما يمنعه على وجه، وحاصله: أن العيب الحادث عند المشتري ثلاثة أقسام: إن كان يسيرًا فلا أثر له ووجوده كعدمه، والحمل فيه على البائع أولى؛ لأنه إما مفرط بعدم بحثه عن المبيع فكان كالمدلس، وإما مدلس. واختلف في اليسير، فقيل: ما أثر نقصًا يسيرًا في الثمن - وإليه أشار في «المدونة» - وقيل: ما لا يؤثر فيه نقصًا أصلاً، وإليه ذهب الأبهري.

وإن كان كثيرًا يخرج المبيع بسببه عن المقصود، فيمنع من الرد؛ لأن ذهاب المنافع المقصودة منه تصيره كالعدم.

وإن كان متوسطًا خير المشتري كما ذكر؛ لأن البائع أدخله في أمرين عليه في كل منهما مشقة، فعليه في التزام المبيع مع كونه معيبًا تكرهه النفوس مشقة، وكذلك في إلزامه قيمة العيب الحادث إذا رد المبيع، كما لو اشتراه بمائة ثم اطلع على عيب كان فيه وحدث به آخر، فيقوم صحيحًا بمائة، ومعيبًا بالأول بثمانين وبالثاني بستين.

فإما أن يرد ويعطي عشرين، أو يتماسك ويأخذ عشرين، فلو كان اشتراه بمائتين؛ لكان إما أن يرد أربعين أو يأخذ أربعين.

وبالجملة فاجعل القيمة كالميزان، ولا فرق على المشهور في العيب بين أن يكون بسبب المشتري أو من الله تعالى.

وقال أبو الفرج: لا يرد لما حدث عنده إن كان حدث بأمر من الله تعالى، بخلاف ما حدث بسببه فيرد معه ما نقص.

عياض: وهو خلاف أهل المذهب.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٧٧).

مَا لَمْ يَقبَلْـهُ الْبَائِعُ بالْحَادثِ فَيَتَعَيَّنُ عَلَى الأَصَحِّ

يعني: إن تخيير المشتري بين ما ذكر مشروط بكون البائع أبى من قبول المبيع على حاله بلا أرش، فإن قبله البائع بالحادث من غير أرش ارتفع تخيير المشتري وتعين رد المعيب، إلا أن يتمسك به المشتري بغيـر أرش، هذا مذهب «المدونة» وهو الأصح؛ لأن العلة في تخيير المشتري إنما كانت لما يلزمه من الغرم للحادث، وقد ارتفع السبب وهو الغرم، فيرتفع مسببه وهو التخيير.

وقال ابن نافع، وعيـسى بن دينار: التخييـر باق للمشتري ولو ارتفع عنه الغـرم عملاً بالاستصحاب، وهذا مقابل الأصح.

وقال ابن [لبابة] [1] : إن كان البائع مدلسًا فالتخيير باق وإلا فلا.

عياض: وهو جيد في الفقه.

هَذَا أَصْلُ الْمَذْهَبِ، والْمُخْتَلَفُ فيه لتَحَقُّقِهَا

أي: مـا ذكره من التـقسـيم هو الأصل في المذهب، وإن اخـتلف في شيء فـإنما هو خلاف في تحقيق مناط، هل هو من هذا أو من هذا.

فَفيهَا: الْوَعَكُ ، والرَّمَدُ، والْحُمَّى منَ الأَوَّل، ورَوَى أَشْهَبُ: منَ الثَّالث

أي: من الأول، يريد: ولا شيء عليه، و(**مِنَ الثَّالِث**) أي: يخير، وليس في «المدونة» الوعك.

وتبع المصنف في نسبة الوعك «للـمدونة» المازري وابن شـاس، ولعلهمـا رأيا أنه في معنى الحمى.

وألحق فيها الكي، والدماميل، والصـداع، وذهاب الظفر، قال فيها: وأما زوال الأنملة ففي الوخش خاصة.

وحـمل البـاجي[2] قول ابن القـاسم في الحمى على الخفـيفة دون مـا أضعف ومنع التصرف.

---

(١) في ط: كنانة.

(٢) «المنتقى» (٦/ ١٠٤).

واختار اللخـمي أن يوقف في الرمد والحمى حتى ينظر مآل أمرهمـا، كقول ابن كنانة في مرض العبد الحادث عند المشتري: أنه يوقف حتى ينظر هل يصح أو يموت.

وقال ابن القاسم: يرده إلا أن يكون مرضًا مخوفًا.

ابن عبد السلام: ولم أقف على ذكر الرمد في رواية أشهب، وإنما نقل الباجي[١] عنه الوعك والحمى ولم يذكر ذلك رواية، وإنما ذكره عن أشهب.

وفِيهَا: الْعَمى والشَّلَلُ مِنَ الثَّالِث. وقَالَ ابْنُ مَسلَمَةَ: مِنَ الثَّاني

صرح المازري بمشهورية ما في «المدونة»، وقـول ابن مسلمة أظهر؛ لأن العمى والشلل يبطلان المنفعة، وهذا هو تأويل الجمهور.

وتأول عياض «المدونة» على الوفاق لقول ابن مسلمة، وقال: لا شك أن العمى فوت، وإنما ذكره أول الباب في العيوب المفسدة.

خليل: وفيه بعد من جهة اللفظ، لكنه الظاهر من جهة المعنى.

وفِيهَا: كِبَرُ الصَّغِيرِ مِنَ الثَّانِي، وقِيلَ: مِنَ الثَّالِث

تصوره واضح، فـرأى في «المدونة» أن كبر الصـغير يصـير نوعًا آخر، والقـول الآخر لمالك في «الموازية».

وعَجَفُ الدَّابَّة مِثْلهُ، وهرَمُ الرَّقِيق مِثْلُهُ، وقِيلَ مِنَ الأَوَّل

مقتضى كلامه أن المشهور في هرم الرقيق وعجف الدابة أنها مفيتان؛ لأنه شبههما بكبر الصغير، وهو صحيح في الهرم، فـإن المشهور ـ وهو مذهب «المدونة» ـ أنه فوت، وكذلك ذكر في «الجـواهر»[٢] أيضًا في عجف الدابة، فقال: اخـتلف في عجف الدابة وهرم العبد والأمة.

فـالمشهـور: أن ذلك من الضـرب الثالث، ورآهمـا ابن مـسلمة من الضـرب الأول، والضـرب الأول في كلامـه هو الثاني في كـلام المصنف، والأول في كـلامه هو المفـيت، وكذلك نص اللخمي على إلحاقه بالهـرم، لكنه شرط فيه أن لا يرجى ذهابه، وفيه شيء ، فقد قال أصبغ: لم يختلف قول مالك أن عجف الدابة مما يخير فيه المشتري.

(١) «المنتقى» (٦/ ١٠٤).

(٢) «الجواهر» (٢/ ٤٩٠).

وزاد المصنف في الهرم قولاً ثالثًا: بأنه من الأول؛ أي: فيرد ولا شيء عليه إن تمسك ولا شيء له، وهذا لم أقف عليه ولا حظ له في النظر.

وكذلك قال ابن راشد: إنه لم يقف عليه.

فرع :

وما حد الهرم؟ ذكر أبو بكر الأبهري عن مالك: أن ذلك إذا ضعف وذهبت قوته ومنفعته أو أكثرها.

وقال عبد الوهاب[(١)]: إذا هرم هرمًا لا منفعة فيه فإنه فوت.

الباجي: والصحيح عندي إذا ضعف عن منفعته المقصودة ولم يمكنه الإتيان بها، أن ذلك فوت ويرجع بقيمة العيب.

وَوَطْءُ الثَّيِّبِ مِنَ الأَوَّلِ، وقِيلَ: مِنَ الثَّانِي، وافتِضَاضُ البِكْرِ مِنَ الثَّالِثِ

القول بأن وطء الثيب من القسم الأول هو المشهور عن مالك وأصحابه، قاله المازري.

والقول الثاني لابن وهب، وابن نافع، وأصبغ.

وأما وطء البكر: فهو عند مالك من الثالث.

وقيده الباجي[(٢)] بالعلي، وأما الوخش فذلك لا ينقصها بل يزيدها.

وهكذا نقل المازري عن بعض المتأخرين أنه قال: لا شيء عليه في وطء الوخش.

وتَزْوِيجُ الأَمَةِ مَشْهُورُهَا مِنَ الثَّالِثِ

أي: أن من اشترى أمة فزوجها ثم اطلع على عيب قديم، ففيها ثلاثة أقوال:

الأول: أنه من القسم الأول، فيرد ولا شيء عليه، أو يتمسك ولا شيء له.

نقله المازري عن بعض المتأخرين، وأخذه أيضًا من قول ابن القاسم في «العتبية»[(٣)]: أنه إذا اشترى جارية ثم اطلع فيها على عيب بعد أن تزوجها وولدت، أنه إن اختار ردها بالعيب لم يرد قيمة عيب النكاح الحادث عنده، قال: إلا أن يقال: إنما قال ذلك لزيادة

(١) «التلقين» (٢/ ٣٨٧).

(٢) «المنتقى» (٦/ ١١١).

(٣) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٥٩).

الولد، فيكون ولدها جبر عيب النكاح.

القول الثاني: أنه من المفيت، وهذا أجراه اللخمي على قول ابن مسلمة، فقال: وعلى قول ابن مسلمة في العبد إذا عمي أو ذهبت يده يكون النكاح فوتًا ويرجع بقيمة العيب ولا يرد؛ لأن النكاح يبطل الغـرض منها إذا كانت من جـواري الوطء، وإن كانت من الوخش فمن أجل تردد الزوج إليها أو ترددها إليه، وإن شرط الزوج أن يتبوأ بيتًا فأبين.

والقول الثالث، وهو المشهور: أنه من القسم الثالث.

وَفِي جَبْرِهِ بِوَلَدٍ قَوْلَانِ

يعني: إذا فرعنا على المشهور فولدت، فهل يجبر الولد عيب التزويج؟ قال ابن القاسم في «المدونة»: يجبره ويرد ولا شيء عليه.

وقال مالك، وأشهب: لا يجبره.

وأكثرهم يصـوب قول مالك وأشهب؛ لأن قـول ابن القاسم يشبه قـول الشافعي: إن الولد غلة. ورد ذلك اللخمي: بأنه لم يحكم بذلك؛ لأنه لا خلاف أن ولد الحرة من العبد حر، وولد الأمة من الحر عـبد، وولد المعتق بعضها بمنزلتـها، وولد المدبرة مدبر، ولو كان الولد غلة لبطل ذلك، وإنما رآه من باب: «**لا ضرر ولا ضرار**»؛ لأن الأم إذا عادت بالولد على مثل القيمة الأولى لم يكن عليه ضرر.

وعلى الجبـر، فالذي فهمه الأكـثر وهو الصحيح: أنه إنمـا يجبر إذا كانت قيـمة الولد تساوي قيمـة عيب النكاح فأكثر، وأما إن كانت قيـمة الولد أنقص، فلابد أن يرد مع الولد ما بقي.

وفهم ابن المواز أن ابن القاسم يقول: إن الولد يجبر وإن كـانت قيمته أنقص، وجعل ذلك سبب رجحان قول أشهب.

وحَادِثُ بَيْعِ التَّدْلِيسَ إِنْ كَانَ مِنَ التَّدْلِيسِ - كَقَطْعِ يَدِه مِنَ السَّرِقَة، وقَتْله مِنْ حرَابَة، ومَوْته مِنْ حُمَّى، أَوْ كَانَ سَمَاوِيا، أَوْ بِتَصَرُّفٍ مُعْتَادٍ فِي مِثْلِه، وهُوَ مِنَ الثَّالِث فِيهِمَا - فَهَدَرٌ، وإِلا فَتَخْيِيرُه.

يعني: أن من اشترى شيئًا رقيقًا أو غيره دلس له البائع بعيب فيه فحدث بسبب العيب في المبيع حادث، ومثله بثلاث صور:

الأولى: أن يكون البائع دلس بعيب السرقة فسرق عند المشتري فقطعت يده.

الثانية: أن يدلس بعيب الحرابة فيقتل بها.

الثالثة: أن يدلس بالحمى فيموت بها.

قـوله: **(أَوْ كَانَ سَـمَاوِيا)** اسم كان عائد على الحادث؛ أي: لـم يحدث بسبب عيب التدليس، كما لو دلس بالإباق فأبق فمات.

وهذا مقيد بأن يكون الحادث في زمان عيب التدليس كما مثلنا.

وما ذكره المـصنف في السماوي: من أن المشتـري يرجع بجميع الثمن، هو المـشهور؛ لأن الإباق هو الذي حال بينه وبين منافعه.

وقال ابن دينار: يرجع بأرش الإباق خـاصة، بخلاف ما لو هلك بسـبب الإباق، كما لو اقتحم نهرًا فهلك، أو تردى فهلك، أو دخل موضعًا فنهشته حية.

ابن حبيب: وبالمشهور قال جميع أصحاب مالك.

قـوله: **(أَوْ بتَصَرُّف مُـعْتَاد)** كما لو اشترى مقطعًا فـقطعه قميصًا أو سراويلات، ولو قطعه قلانس لكان تصرفًا غـير معتاد، وأطلق في التصرف المعتـاد وهو مقيد بألا ينتفع به، وأما لو انتفع به، مثل: أن يشتري ثوبًا فيلبسه لبسًا ينقصه، فإنه يرد مع الثوب قيمة اللبس؛ لأنه صان به ماله.

ولو اشترى أمة فافتضها، فالرواية أنها كاللبس.

وقال ابن الكاتب: لا يلزمه قيمة الافتضاض كقطع الثوب.

قوله: **(وَهُـوَ)** عائد على الحـادث، وقوله: **(فيهـمَا)** عائد على السماوي والتصرف المعتاد، وقوله: **(فَهَدَرٌ)** جواب للشرط، والجملة الشرطية جواب عن قوله: **(وحَادِثُ بَيْعِ التَّدْلِيسِ)**، والهدر: الذي لا شيء فيه.

وحاصله: أن ما حصل بسبب التدليس لا يفصل فـيه، وما حدث بسماوي أو بتصرف معتـاد، فإن كان من الثالث فهدر، وإلا فكغـير الحادث من التدليس، ويعمل فـيه على ما تقدم.

وتبع المصنف في قوله: **(وهُوَ منَ الثَّالِثِ)** ابن شاس[1]، وهو قيد ليس بظاهر؛ لأن

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٩١).

السماوي سواء كان مفيتا أو لا يرجع فيه بجميع الثمن على المشهور كما تقدم.

وأما التـصرف المعتاد: فإن لـم يكن من الثالث بل من المفيت فليس بمعـتاد، فالتقـييد بالمعتاد يغني عن التقييد بكونه من الثالث.

فإن قلت: هذا إنما يأتي إذا حـملنا قوله: **(أو كان سـماويا)** على أن ذلك السـماوي حـدث في زمان الإباق كـمـا ذكرنا، ولم لا حـملت ذلك على مـا إذا لم يكن في زمـان الإباق.

فالجواب: لا يصح حمله على ذلك؛ لأنه مخالف للمنقول، لأن في «المدونة»(١): وما حدث من غير سبب عيب التدليس فلا يرده إلا مع ما نقصه.

فروع:

الأول: لو ادعى المدلس أن المشتري علم بالعيب ورضيه، ففي «المدونة»(٢): ليس له أن يحلف المبتاع إلا أن يدعي علم رضاه لمخبر أخبره، أو يقول: قد بينته له فرضيه، قال فيها: وكذلك إن قال له احلف أنك لم تر العيب عند الشـراء، فلا يمين عليه حتى يدعي أنه أراه إياه فيحلفه.

ورأى أشهب: أنه ليس له أن يحلفه وإن ادعى علم رضاه لمخبر أخبره؛ لأنه قد يكذب ليتوصل إلى غرضه، وصوبه اللخمي.

ابن أبي زمنين: وعلى الأول فيحلف أولاً البائع لقد أخبره مخبر.

بعض شيوخنا: ويزيد مخبر صدق.

المازري: ولو ذكر المخبر وأحال على حاضر لاستغنى عن اليمين.

ابن يونس: وإن كان المخبر مسخوطًا.

الثـاني: إذا أبق العبد عند المشتري بقرب الشراء، وقال المشتري للبائع: أخشى أنه لم يأبق بقرب البـيع إلا وقد أبق عندك فاحـلف لي، ففي «المدونة»(٣): لا شيء عليـه، ومـا جهل أمره، فهو على السلامة حتى يقوم ببينة.

---

(١) «المدونة» (٣/ ٣٥٣).

(٢) «المدونة» (٣/ ٣٥٣).

(٣) «المدونة» (٣/ ٣٤٨).

اللخمي: والمسألة على ستة أوجه: إن قال: يمكن أن يكون سرق عندك أو أبق ولم يحصل ذلك عنده، أو يقول: أخبرت أنه سرق عندك أو أبق فاحلف أنه لم يثبت مثل ذلك عندك، أو يقول: سرق عندي أو أبق فاحلف أنه لم يحدث مثل ذلك عندك، أو يعلم أنه سرق عند المشتري أو أبق، فيقول: احلف أنه لم يكن مثل ذلك عندك، أو يقول: علمته أنه حدث مثل ذلك عندك فعليه اليمين في هذا القسم؛ لأنه اجتمع فيه الوجهان ثبوت السرقة أو الإباق، ودعوى العلم أنه فعل مثل ذلك عند البائع، ولا يمين في القسم الأول، ولا خلاف في هذين، واختلف فيما سوى ذلك.

الثالث: إذا أقر ببعض العيب وكتم بعضه، كما لو قال: أبق عندي شهرًا وكان قد أبق سنة وهلك في الإباق، فقال أبو بكر بن عبد الرحمن: إن هلك في المقدار الذي بينه فلا يكون كالمدلس ، وإنما يرجع عليه بقيمة العيب، وإن هلك في المقدار الذي دلس به فيرجع بجميع الثمن، وكذلك إذا ذكر أقرب من المسافة التي أبق إليها.

ابن يونس: وقال غيره من أهل بلدنا، إذا قال: أبق عبدي مرة وكان أبق مرتين، وأبق عند المشتري وهلك بسبب الإباق، فإنه يرجع بقدر ما كتمه، بخلاف التدليس بجميع الإباق، وقال غيره: إن بين له أكثر العيب الذي هلك بسببه، رجع المشتري هنا بقدر ما كتمه، وإن كتمه أكثر العيب رجع المشتري بجميع الثمن.

فَلَوْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي فَهَلَكَ بِعَيبِ التَّدْلِيسِ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَرْجِعُ الثَّالِثُ عَلَى الأَوَّلِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، فَإِنْ زَادَ فَلِلثَّانِي، وَإِنْ نَقَصَ كَمَّلَهُ الثَّانِي

أي: فلو باع المشتري العبد الذي دلس به عليه البائع ولم يعلم بعيب التدليس وأبق عند المبتاع الثاني ومات.

قال المازري، وابن شاس[1] والمصنف، فقال ابن القاسم: يأخذ الثالث الثمن من الأول، أعني: الذي كان أخذه من الثاني، فإن كان مساويًا للثمن الأول فلا إشكال، وإن كان أنقص منه كمله الثاني، وإن كان أكثر أخذ الثالث منه مقدار ثمنه وأخذ الثاني بقية ذلك.

وصرح المازري، وابن شاس[2]: بأن الثالث يأخذ جميع الثمن وإن زاد على ما دفعه

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٩٢).
(٢) «الجواهر» (٢/ ٤٩٢).

الثالث للثاني.

خليل: وفيه نظر، إذ ليس بوكيل للثاني على الزيادة وقد يبرئه منها.

ومن حجة المدلس أن يقـول للثالث: معاملتي لم تكن مـعك ولولا الثمن الذي خرج من يدك لما كان لك عليَّ مقال فلا يكون لك غيره.

ووجه المازري هذا القول: بأن ابن القاسم قدر أنه وإن لم يدلس عليه من باشر البيع له فإن المدلس على مـا باع منه يقدر مـدلسًا عليه؛ لأنه يقـول له: لو أعلمت الأوسط بالإباق لأعلمني فلم أشتر منه إن كان مدلسًا عليَّ فأنت سبب إتلاف الثمن عليَّ.

وظاهر ما نقله المازري، وابن شاس، والمصنف: أن الثالث إنما يرجع ابتداء على الأول.

والذي نقله في «الموازية» من رواية أصبغ، ونقله ابن يونس وغيره: أنه إنما يرجع على الأول إذا كان الثاني عديمًا، وقاله سحنون وغيره.

فلعل كلام المصنف والمازري مقيد بهذا، ولابن القاسم قولان.

وصرح المازري وابـن شاس[1]: بأنه إذا نقص عن ثمن الثانـي أن الثاني يكمله، وهو خلاف ما في «النوادر»[2].

وابن يونس عن ابن القاسـم : أنه إذا أخذ من الأول الثمن فلم يكن فـيه إلا أقل من الثمن الآخر، فليس له غيره ولا يرجع بتـمامه على بائعه؛ إذا لم يدلس إلا أن يكون الثمن الأول أقل من قيمة العـيب من الثمن الثاني فليرجع على بائعه بتـمام قيمة عيـبه، ابن عبد السلام: وإنما الذي يقـرب من كلام المؤلف ـ وإن لم يكن هو ـ مـا قاله سـحنون: إذا أخذ الثمن من الأول في عدم الثاني فلم يكن فيه مثل رأس مال المشتري، فإنه يرجع على البائع الثاني بالأقل من تمام ثمنه أو قيمة العيب من ثمنه.

وقَالَ أَصْبغ: يَرْجِعُ عَلَى الأَوَّلِ بِقِيمَةِ الْعَيْبِ ويَأْخُذُ الثَّانِي بَقِيَّةَ الثَّمَنِ

يريد، وقال أصبغ: إذا كان الثاني عديمًا يؤخـذ الثمن من الأول فيدفع إلى الثالث منه قيمة العيب التي يستحقها على الثاني لو انفرد به، وتسلم بقيته للأوسط.

وهكذا نقل المازري، وابن يونس، وابن شاس.

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٩٢).

(٢) «النوادر والزيادات» (٦/ ٢٣٢).

وإلى دفع البقية للأوسط أشار المصنف بقوله: (**وَيَأْخُذُ الثَّانِي بَقِيَّةَ الثَّمَنِ**).

ابن يونس: ووجهه أن الأول مدلس بعيب هلك العبد بسببه فوجب أن يرد الثمن على بائعه، أصله: لو أبق عند الثـاني، وأما الثاني فلم يدلس في الثالث فلم يجب له إلا قـيمة العيب من ثمنه، فإذا أخذه من بائعه الأول فلا كلام له، وليس هو قول أصبغ ، وإنما رواه عن ابن القاسم، وهذا تقرير هذا المحل.

وما ذكره ابن راشـد: أن مراد المصنف أن الثالث بعد أن يأخذ قيـمة العيب من الأول يأخذ بقـية الثـمن من الثاني ليس بظـاهر، ولعل ذلك لأن في نسخـته: (**بَقِـيَّـةَ الثَّـمَنِ**) والصواب: (بَقِيَّةَ) كما ذكرنا.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَرْجِعُ الثَّالِثُ؛ إِمَّا عَلَى الثَّانِي بالأَرْشِ فَيَكُونُ عَلَى الأَوَّلِ للثَّانِي الأَقَلُّ مِمَّا غَرِمَ وكَمَالِ الثَّمَنِ الأَوَّلِ، وإِمَّـا عَلَى الأَوَّلِ بالأَقَلِّ مِنَ الأَرْشِ وكَمَالِ الثَّمَنِ الأَوَّلِ فَلا يَكُونُ عَلَى الأَوَّلِ لِلثَّانِي شَيْءٌ...

أي: يرجع الثالث على الثاني إن تأتى له الرجوع عليه بأرش عيب التدليس، ثم يكون على الأول لهذا الثانـي الأقل من الأرش أو كمال ثمنه، مثاله: لو بـاعه الأول بمائة والثاني بمائة وعشرين، وكان الأرش خمسين، فيبقى بيد الـثاني سبعون، فيرجع بثلاثين تمام مائته، ولو كان الأرش ثلاثين لرجع بـعشرة تمام ثمنه؛ لأنه إن كـان تمام الثمن الأقل فقـصاراه أن يكون العبد هلك، ولو هلك عنده لما كان عليه إلا الثمن الذي أخذ منه، وإن كان ما غرمه أقل لم يرجع بغيره؛ لأنه لولا الغرم لما توجه له رجوع.

وإن لم يتأتى للثالث على غريمه رجوع فـيرجع على الأول؛ لأنه غريم غريمه فيلزم أن يدفع له أقل الأمرين المذكورين؛ لأنه قصارى ما يلزم الأول للثاني.

وتحصيل هذا القول عند ابن يونس: أنه لا يغرم الأول للثالث إلا ما كان يرجع به على الثاني لو غرم الثاني للثالث قيمة العيب، وهو الأقل من قيمة العيب من ثمن الثالث أو من ثمن الثاني، أو تمام رأس مال الثاني.

قال: وهو الذي أراد محمد.

خليل: وفي كـون الثالث لا يرجع عليـه إلا بأقل الأمـرين نظر، والظاهر: أنه يرجع عليه بمجموع الثمن الذي أخذه لتدليسه، والله أعلم.

وإذَا أُحدثت زيَادَةٌ كَالصِّبْغِ أَخَذَ الأَرْشَ أَوْ رَدَّ وكَانَ شَرِيكًا بِمَا زَادَ، لا بقِيمَتِهِ ولا بمساوٍ، دَلَّسَ أَوْ لَمْ يُدَلِّسْ...

أي: أن من اشترى ثوبًا فصبغه فزادت به قيمته ثم اطلع على عيب، فإنه يكون مخيرًا بين أن يأخذ قيمة العيب ويتماسك بالثوب، أو يرده على بائعه ويكون شريكًا معه في الثوب بما زاده الصبغ، وسواء دلس البائع هنا أو لم يدلس.

مثاله: لو كانت قيمته بلا صبغ عشرة، وبالصبغ اثنى عشر فيكون شريكًا بالسدس.

واختلف الشيوخ هل تعتبر هذه الزيادة يوم البيع كما يعتبر النقص وهو اختيار ابن يونس، أو لا تعتبر إلا يوم الحكم وهو قول ابن المواز والقابسي.

وقوله: (**كَانَ شَرِيكًا بمَا زَادَ**) كذلك قال سحنون: فيمن ألقت الريح ثوبه في قصرية صباغ.

فرع:

فلو كان الصبغ منقصًا في مسألة البيع كان له ردها بغير غرم إن كان البائع مدلسًا، أو حبسها وأخذ الأرش، وإن كان غير مدلس كان كعيب حدث، وقد تقدم حكمه، قاله في «الجواهر»(١).

والصبغ بكسر الصاد: هو ما يصبغ به وهو مراد المصنف، وأما بالفتح فهو المصدر.

وأشار بقوله: (**لا بقِيمَتِه**) إلى مخالفة هذا الاستحقاق، فإنه إذا اشترى ثوبًا فصبغه، ثم استحق من بيده فأبى البائع أن يعطي قيمة الصبغ وأبى المشتري أن يعطي قيمة الثوب، فالمشتري يكون شريكًا بقيمة الصبغ، وفرق بأنه في الاستحقاق أخذت من يده قهرًا فكان شريكًا بالقيمة، إذ قد لا يزيد الصبغ فيمضي باطلاً ، بخلاف العيب فإنه يخير فيه.

وذكر المازري عن بعض الأشياخ: أنه جعل الرد بالعيب كالاستحقاق.

وقال أصبغ في العامل في القراض يصبغ الثوب من عنده فلم يعطه رب المال ما صبغه به، أنه يكون شريكًا بما أدى.

وفرق بأن له حصة في السلعة وهو مأذون له في تنمية المال، فكأنه صبغه بإذن ربه.

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٩٤).

وقالوا فيمن دفع ثوبه إلى صباغ فأخطأ وصبغه بغير ما أمر به واعترف الصباغ بذلك: أن له أن يعطيه قيمة الصبغ ويأخذ ثوبه، أو يضمنه قيمته يوم قبضه كالغاصب والسارق.

وقالوا في الغاصب والسارق يصبغان الثوب: يخير ربه في إعطاء قيمة الصبغ أو يضمنهما قيمة الثوب غير مصبوغ، ولا يكونان شريكين لتعديهما.

واعلم أن المصنف إنما نص على قوله: (دَلَّسَ أَوْ لَمْ يُدَلِّسْ) تنبيهًا على أن التدليس لا فرق بينه وبين غيره هنا، وإن كان يفترق في مسائل أخرى.

قال جماعة: والمسائل التي يفترق فيها حكم المدلس من غير خمس:

الأولى: إذا صبغه صبغًا ينقص به، فإن كان البائع غير مدلس فذلك عيب حادث عند المشتري؛ فيخير إما أن يرد ويعطي أرش ما حدث عنده، أو يتماسك ويأخذ أرش القديم، وإن كان البائع مدلسًا لم يكن على المشتري للنقص شيء.

والثانية: أن يحصل عيب أو عطب من العيب الذي باعه به، مثل: أن يكون آبقًا فيأبق عند المشتري، أو سارقًا فيسرق وتقطع يده، فإن كان البائع مدلسًا كان ما أصابه عند المشتري منه، وإن لم يكن مدلسًا فالضمان في ذلك على المشتري.

والثالثة: أن يبيع الرجل سلعة وبها عيب، ثم يشتريها من المشتري بأكثر مما باعها به، فإن كان البائع مدلسًا لم يكن له رجوع على المبتاع، وإن كان غير مدلس رجع عليه بما زاده على الثمن.

والرابعة: إذا دلس بعيب في سلعة فردت عليه، لم يلزم السمسار أن يرد الجعل، بخلاف ما إذا لم يدلس.

والخامسة: من باع بالبراءة ما يجوز بيعه بالبراءة، فإنه يبرأ مما لم يعلم به، ولا يبرأ مما علم ودلس به، والله أعلم.

وَيُقَوَّمُ الْقَدِيمُ وَالْحَادِثُ بِتَقْوِيمِ الْمَبِيعِ يَوْمَ ضَمِنَهُ الْمُشْتَرِي

لما ذكر حكم النقص والزيادة تكلم في كيفية التقويم بهما وفي وقته.

وقوله: (بِتَقْوِيمِ الْمَبِيعِ) أي: لا يقومان بانفرادهما، وإنما يقال: كم قيمة المبيع بالعيب القديم، وكم قيمته بالحادث، و(يَوْمَ ضَمِنَهُ) معمول ليقوم؛ أي: يقوم بالعيبين إذا احتيج

إلى قيمتهما معًا، وإلى قـيمة القديم وحده يوم ضمن المشتري المبيع، لا يوم الحكم ولا يوم العقد، ولا يفصل فيقال: يقوم القديم يوم ضمان المشتري والحادث يوم الحكم، خلافًا لابن المعذل، وسيأتي.

فَإِنْ أَمْسَكَ قُوِّمَ صَحِيحًا وبالْعَيْبِ الْقَدِيمِ

أي: فإن اختار المشتري التمسك بالمبيع وأخذ قيمة القديم حيث يكون له التخيير، فإن المبيع يكفي فيه حـينئذ تقويمان؛ يقوم صحيحًا، ثم مـعيبًا بالقديم، فمهمـا نقص أخذ نسبة النقص من الثمن.

الباجي(١): مثل أن تكون قيمتها سالمة عشرة وبالعيب ثمانية، فيعلم أن العيب خمس الثمن، فيرجع على البائع المشتري، فإن كان اشتـراه بخمسة عشر رجع عليه بخمسها وهي ثلاثة.

وإِنْ رَدَّ قُوِّمَ ثَالِثًا بهِمَا

أي: وإن اختار الرد قوم تقويمًا ثالثًا بالعيبين معًا ـ القـديم والحادث ـ فما نقصته القيمة الثالثة عن القيمـة الثانية حسب ذلك من القيمة الأولى ورد المشتـري على البائع تلك النسبة من الثمن.

وهكذا قال البـاجي(٢)، فإنه قال بعد الكلام الذي ذكرناه: فـإن أراد الرد فإن القيمتين المتقدمتين لابد منهما، فإذا تقدمتا جعلت قيمة السلعة بالعيب القديم أصلاً، ثم يقومها قيمة ثالثة بالعيبين القديم والحادث، فيرد من ثمن المبيع بقدر ذلك.

وذلك كما لو قيل في مسألتنا: إن قيمتهـا بالعيبين ستة، فيعلم أن العيب الحادث عند المشتري نقص من قيـمة المبيع بعيبه الربع فيرجع من ثمـنه بذلك، وقد علمنا أن الباقي بعد البيع الأول اثنا عشر فيرد مع العبد ربع ثمنه بالعيب القديم، وذلك ثلاثة.

وهذا معنى ما ذكره ابن القاسم في «المدونة»(٣) وغيرها. انتهى.

وإن شئت قلت: يرد خمس الثمن.

---

(١) «المنتقى» (٦/ ١٠٧).

(٢) «المنتقى» (٦/ ١٠٨).

(٣) «المدونة» (٣/ ٣٥٠).

ومثاله أيضًــا: لو كان يساوي صحيـحًا مائة، وبالعيب الأول ثمــانين، وبالثاني ستين وكان الثمن مائتين، فإما أن يتمسك ويأخذ أربعين، وإما أن يرد ويعطي أربعين.

وهكذا نص عليه ابن يونس، ومحمد(١)، والمازري، وصاحب «المقدمات»(٢).

فَإِنْ كَانَتْ زِيَادَةٌ قُوِّمَ رَابِعًا بِالْجَمِيعِ، وكَانَ شَرِيكًا بِنِسْبَةِ مَا زَادَ عَلَيْهَا

كلام المصنف يقتضي أنه مع حدوث الزيادة لابد من أربع قـيم، وفيه تفصيل؛ لأنه إن تمسك فلا يحـتاج إلا إلى تقويمين؛ يقوم صـحيحًا، وبـالعيب القديم ليرجع المشـتري على البائع بما يقـابله، ولم يتكلم المصنف على هذا لوضوحـه، وإنما تكلم على الرد لأن قوله: (فإن حدثت زيادة) مفرع على قوله: (فإن رد قوم ثالثًا).

وما ذكره المصنف من الأربع قيم نحـوه في المازري، فإنه قال بعد أن فرض أن الزيادة التي زادها المشـتري خيـاطة: وإن كان العيب الذي حـدث عند المشـتري هو قطع الثوب، أعني: إذا كان البائع غـير مدلس أو كان مدلسًا لكنـه قطعه غير القطع المعتاد كـما قدمناه، ويقال: ما قيمة هذا الثوب لا عيب فيه.

فإن قيل: مائة، قيل: وما قيمته وبه العيب الذي كان عند البائع؟

فإن قيل: تسعون، قيل: وما قيمته مقطوعًــا؟ قيل: ثمانون، قيل: وما قيمته مخيطًا؟ فإن قيل: تسعون، فقد علمت أن العشرة التي وجبت على المشتري لنقص القطع قد جبرها ما فعل من الخـياطة، فلا يكون على المشتري قيـمة نقص القطع، وإن قيل: قيمتـه مخيطًا خمـسة وثمانون، فـقد جبرت الخـياطة نصف مقـدار العيب، ويطالب بمقدار نصف عـشر الثمن.

وإن قيل: ثمنه مخيطًا خمسة وتسعون، فـقد جبرت الخياطة قيمة النقص وزادت على ذلك خمسة دنانير وهي نصف العشر، فيكون المشتري شريكًا في الثوب بمقدار ذلك.

وقال ابن عبد السلام: فيما ذكره المصنف نظر.

ولا احتياج إلى تقويمه صحيحًا ، بل ذكر التقويم صحيحًا يوهم أن يكون البائع شريكًا بقيمـته صحيحًــا، ولا يصح؛ لأنه إنما خرج من يده معيـبًا، وكذلك أيضًا لا احـتياج إلى

---

(١) «النوادر والزيادات» (٦/ ٢٨٠).

(٢) «المقدمات» (٢/ ١٠٦).

تقويمه بالحادث؛ لأن الزيادة إنما تظهر بعد جبره بالصنعة المزيدة.

فلو شارك المشتري البائع بما زادته الصنعة على مجموع العيبين مع أن العيب الثاني إنما حدث في ملك المشتري، لكان حيف في ذلك على البائع.

نعم يحتاج إلى ثلاث قيم إذا شك في الصبغ هل يجبر الحادث، أم لا؟ فالذي يوجبه النظر أن يقوم بالعيب القديم وحده؛ لأن ذلك هو الذي خرج من يد البائع، ثم يقوم بالصنعة الحادثة، فإن وقعت زيادة على ذلك في مثل تلك الزيادة تكون الشركة الواجبة للمشتري مع البائع.

خليل: وفيه نظر؛ لأنه لابد من تقويمه بالعيب الحادث ثم بالصنعة؛ ليعلم هل تلك الصنعة تجبر العيب الحادث أم لا، وقد سلم أنه يقوم بالعيب القديم، فهذه ثلاث تقويمات.

وقوله: نعم قد يحتاج إلى ثلاث قيم إذا شك، يقتضي أنه قد يستغني عن بعض هذه الثلاث ولا يمكن ذلك، وحينئذ إنما ينتفي تقويمه صحيحًا.

وجوابه: أنه لا يعلم العيب القديم إلا بتقويمه صحيحًا، ولو كان كما قال؛ لزم فيما إذا لم يحدث زيادة ألا يقوم إذا أراد المشتري الرد إلا تقويمين؛ يقوم بالعيب القديم، ثم بالحادث، ويرد نسبته لأنه لا احتياج إلى تقويمه صحيحًا؛ لأن السلعة لم تخرج من يد البائع إلا معيبة.

ولا خفاء في عدم ذلك كما صرح به الباجي والمازري وغيرهما، والله أعلم.

وقِيلَ: يُقَوَّمُ الْحَادِثُ يَوْمَ الرَّدِّ

هذا قول أحمد بن المعدل بناه على أن الرد بالعيب فسخ بيع.

وإِذَا تَعَدَّدَ الْبَائِعُ، جَازَ رَدُّ حِصَّةِ أَحَدِهِمَا

يعني: إذا باع رجلان فأكثر سلعة أو سلعًا على الشركة فاطلع المشتري على عيب، فله أن يرد نصيب أحدهما دون الآخر، ولا مقال لمن رد عليه؛ لأن ملكه تبعض ابتداء.

وفِي رَدِّ أَحَدِ الْمُشْتَرِيَيْنِ قَوْلانِ

اختلف إذا تعدد المشتري واتحد البائع، هل لأحد المشتريين الرد دون الآخر قياسًا على تعدد البائع أو لا؛ لأن في التشقيص ضررا على البائع؟ ورجع مالك إلى الأول.

ابن القاسم: وهو أبين، إذ لو فلس أحدهما لم يتبع إلا بنصف الثمن، وأخذ أشهب بالثاني، فقال: ليس لهما إلا أن يردا أو يحبسا، والقولان في «المدونة»[(١)].

ومنشأ الخلاف: هل العقد يتعدد بتعدد المبتاع كما لو تعدد بتعدد البائع أو لا؟ وإذا فرعنا على الرواية التي اختارها أشهب ولم يرض البائع بتبعيض الصفقة، فقال ابن وهب: إذا أراد أحدهما الرد وأبى الآخر تقاوما؛ لأن البائع لا يقبله إلا كله.

وقال ابن المواز: للمتمسك أخذ نصيب الرادِّ.

وحكى عبد الوهاب[(٢)] عن المذهب: إذا أبى أحد المتبايعين من الرد مع صاحبه لم يكن لصاحبه الرد، وكان له الرجوع بقيمة العيب.

الباجي[(٣)]: وهكذا يجب أن يكون الصحيح من المذهب مثل ما حكاه ابن القاسم عن مالك في الذي يشتري عبدًا فيبيع نصفه ثم يطلع على عيب فيريد الرد، فإنه يخير البائع إما أن يقبل النصف الباقي أو يدفع قيمة نصف العبد.

الباجي[(٤)]: وهذا مقتضى القياس.

وعلى قول أشهب يحتمل أن يكون معنى قوله: إما أن يردا جميعًا أو يمسكا جميعًا، ولم يبين إذا رد أحدهما.

وَإِذَا تَعَدَّدَ الْمَبِيعُ، فَإِنْ كَانَ الْمَعِيبُ وَجْهَ الصَّفْقَةِ أَوْ كَأَحَدِ الْخُفَّيْنِ فَكَالْمُتَّحِدِ

لما تكلم على تعدد البائع والمشتري تكلم على تعدد المبيع؛ أي: إذا وجد عيبًا في وجه الصفقة، أو بأحد الشيئين الذي لا يستغني أحدهما عن الآخر كأحد الخفين، وكذلك الأم مع ولدها؛ لأن الشرع منع من التفرقة بينهما فكالمتحد، فليس له إلا رد الجميع.

ولهذا كان الصحيح فيمن استهلك أحد المزدوجين وجوب قيمتهما.

واختلف فيمن استهلك سِفْرًا من ديوان أو سِفْرَين، فقال بعضهم: يرد السالم وما نقص، وظاهر كلام عبد الوهاب في «شرح الرسالة» عند ذكر النعلين: أنه يغرم الجميع.

(١) «المدونة» (٣/ ٣٤٥).
(٢) «المعونة» (٢/ ١٠٥٣).
(٣) «المنتقى» (٦/ ٨٥).
(٤) «المنتقى» (٦/ ٨٥).

وإلاَّ فَلَيْسَ لَهُ إلا رَدُّ الْمَعيب بِحِصَّتِهِ يَوْمَ عَقْدِهِ

هذا ظاهر، ونص ابن المواز على أن وجه الصفقة وما زاد على النصف، وهو معنى ما في «المدونة» على ما نص عليه ابن يونس، وهذا إنما هو فيما عدا المثليات، وأما المثليات فلها حكم آخر سيأتي.

فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ سِلْعَةً، فَقِيمَةُ الْحِصَّةِ الَّتِي قَابَلَتِ الْمَرْدُودَ لا جُزْءَهَا عَلَى الأَصَحِّ؛ لِضَرَرِ الشَّرِكَةِ...

مثاله: لو اشترى ستة كتب بدار ثم اطلع على عيب في أحدها ورده، فإنه يرجع بنسبته من قيمة الدار لا في جزء الدار على الأصح، فلو كانت الدار تساوي ستمائة وكل كتاب يساوي مائة فعلى الأصح يأخذ مائة، وهو مذهب «المدونة»[1] والمشهور. وعلله المصنف بضرر الشركة؛ أي: على تقدير الرجوع في الدار، وعليه فهل تعتبر القيمة يوم البيع وهو ظاهر كلام المتقدمين، أو إنما تعتبر يوم الحكم وهو اختيار التونسي؟ ومعناه: إذا كانت قائمة يوم الحكم ولم تفت قبل ذلك، وعلى مقابله يرجع في سدس الدار وهو لأشهب في «الموازية»، وهو الأصل، ولا سيما إن كان المعيب النصف فإنه ينوبه من الثمن النصف، وليس تغليب حق البائع على المشتري أولى من العكس.

وعلى هذا القول فهل ينقلب الخيار للبائع لما لحقه من ضرر الشركة؟ ذكر بعضهم في ذلك قولين.

وإِذَا تَنَازَعَا فِي الْعَيْبِ الْخَفِيِّ أَوْ قِدَمِهِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ إِلا أَنْ تَشْهَدَ الْعَادَةُ لِلْمُشْتَرِي فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ...

قال في «الجواهر»[2]: والنزاع في العيب في صورتين:

الأولى: في وجوده، ولا يقبل دعوى المبتاع أن بالسلعة عيبًا دون أن يبينه بالمشاهدة إن كان مشاهدًا، أو بالبينة إن كان غير مشاهد.

الصورة الثانية: النزاع في قدمه وحدوثه لا يخلو إما أن يكون مما لا يحدث عند المشتري، أو مما يعلم أنه لم يكن عند البائع.

---

(١) «المدونة» (٣/ ٣٤٦).

(٢) «الجواهر» (٢/ ٤٩٥).

فالقول في الموضـعين قول من قوي سببـه منهما مع يمينه، وأن يكون محـتملاً فيثبته المبتـاع بالبينة، ثم قال: فـإن لم توجد البينة فـالقول قول البـائع مع يمينه، إذ الأصل لزوم العقد.

وعلى هذا فقول المصنف في حدوث العيب إشارة إلى الصورة الأولى، أي: في وجود العيب الخفي، وأشار إلى الثانية بقوله: أو في قدمه.

وحمل ابن عـبد السـلام كلامه هنا على صـورة واحدة، وهي: إذا تنازعـا في القدم والحدوث، ورد الحـمل الذي قلناه بأنه لو حمل كـلامه الأول ـ أعني قـوله: إذا تنازعا في الخفي ـ على مـا إذا تنازعا في وجود العيب وعـدمه، لزم أن يكون كلامه علـى خلاف ما نص عليه أهل المذهب: أن القـاضي لا يلزم البائع الجواب عن قدم العـيب وحدوثه، ولا غير ذلك من أحكامه حتى يثبت المشتري وجود العيب، أو يوافقه البائع عليه.

خليل: وفيه نظر؛ لأن مـا ذكره المصنف من أن القول قول البـائع إذا تنازعا في وجود العيب وعدمه لا خلاف فيه.

وما ذكره أن القـاضي لا يُلزم البائع الجواب يدل له لا على خلافـه، نعم هو شرط لما قاله.

وقوله في «الجواهر»[1]: فالقول قول من قوي سببه منهما مع يمينه، يريد: إذا رجحت البينـة قول أحدهمـا فقط، وأمـا لو قطعت البينة بالقـدم أو الحدوث فلا يمين، نـص عليه محمد.

فرع:

فلو أقام المبتاع شاهدًا واحدًا بقـدم العيب حلف معه على البت ورجع، قاله ابن المواز وابن القاسم، وابن نافع، والمخزومي، وقال ابن كنانة: لا يحلف معه.

ومنشأ الخلاف: هل يقبل الشاهد الواحد فيما ليس بمال إذا كان يؤدي إلى المال أم لا؟

واعلم أنه إنما يكون القـول قول البائع في العـيب المشكوك فيـه إذا لم يصاحبـه عيب قديم، أما إن صـاحبه عيب قديم، فـالقول قول المشتري أنه مـا حدث عنده مع يمينه؛ لأن البائع قد وجب عليه الرد بالعيب القديم فصـار مدعيًا على المبتاع في الحادث، وبه أخذ ابن

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٩٥).

القاسم، وأشهب حسنه.

ومفهوم قوله في الخفي: أن الظاهر لا قيـام للمشتري به لاطلاعه عليه، وهو قول ابن حبيب، وعليه يعتمد جماعة ممن صنف في الأحكام، ويعتمد عليه أصحاب الوثائق.

ومذهب «المدونة» عند جماعة: أنه لا يلزم المشتري سوى اليمين أنه لم يره وقت البيع ويحكم له بالرد، وهو الذي ذكره المتيطي.

وقد أوجب في «المدونة» الرد في الزلاء والأقطـع والأعور، وكثرة وقـوع هذه المسائل وأشباهها يضعف تأويل من تأول على «المدونة»، لعل ذلك إنما كان في أمة أو عبد غائبين.

فرع:

وإذا تنازعا فـادعى البائع أنه أخبـره بالعيب أو أراه إياه وأنكر ذلك المبتـاع، فإنه يلزم المبتاع اليمين، فإن حلف رد بالعيب، وإن نكل حلف البائع وبرئ منه، قاله الباجي.

وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ عُدُولٌ قُبِلَ غَيْرُهُمْ لِلضَّرُورَةِ، قَالَ الْبَاجِيُّ: وَلَوْ كَانُوا غَيْرَ مُسْلِمِينَ

أي: إذا احتيج إلى أرباب المعرفة في إثبات القدم والحدوث، فإن وجد عدول لم يعدل عنهم، وإلا فقال الباجي[1]، والمازري وغيرهما: يقبل غيرهم ولو كانوا على غير الإسلام للضرورة.

وفي «المتيطية»: الواحد منهم أو من المسلمين كافٍ والاثنان أولى، إذ طريق ذلك الخبرُ لا الشهادة على المشهور المعمول به.

وقال محمد: لا يرد بعيب إلا ما اجتمع عليه عدلان من أهل النظر والمعرفة.

ابن الماجشون: وإن كان العبد ميتًا أو غـائبًا فلا يثبت إلا بعدلين باتفاق أصحاب مالك من أهل المعرفة.

وفي «الطرر»: إذا شهد شـاهد بعيب أنه أقدم من أمد التبايع، وشـهد آخر أنه أحدث من أمد التـبايع، فقال في الاسـتغناء: شهادتهـما لا توجب حكمًا بالرد إذا لم يتفـقا على شيء واحد، وإن كان العيب لا يطلع عليه الرجال كـالعيوب التي تكون في جسد الأمة أو في فرجها تثبت بشهادة امرأتين.

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٩٩).

وقال سحنون: مـا كان بالجسد بُقِـرَ عنه الثوب ونظر إليه الرجال، ومـا كان في أحد الفرجين شهد فيه النساء.

ويَمِينُهُ: بِعْتُهُ وأَقْبَضْتُهُ ومَا بِهِ مِنْ عَيْبٍ بَتًّا فِي الظَّاهِرِ، ونَفْيًا لِلْعِلْمِ فِي الْخَفِيِّ، وقَالَ أَشْهَبُ: نَفْيًا لِلْعِلْمِ فِيهِمَا...

أي: إذا كان القول قول البائع مع يمينه فصـفة يمينه: أن احلف أني بعته وما به عيب، ويزيد فيما فيه حق توفية: بعته وأقبضته.

وعلى هذا فقوله: (**بِعْتُهُ وأَقْبَضْتُهُ**) للتفصيل، والواو بمعنى أو.

وقوله: (**ومَا بِهِ مِنْ عَيْبٍ**) جارٍ فيهما، وبهذا صرح في «الجواهر»(١)، وإنما قلنا: إن أقبضته خاص بما فيه حق توفية؛ لأن ما لـيس فيه حق توفية ينتقل إلى ملك المشتري بالعقد فلا يحتاج إلى الحلف بأنه أقبضه سالمًا، فلا يكلف بما لا يلزمه.

وفي قوله: (**وما بِهِ مِـنْ عَيْبٍ**) نظر؛ إذ لا يلزمه أن يحلف إلا على ما ادعاه المشتري من العيب المخصوص، وكذا قال غيره: أنه يحلف ما باعه وهذا العيب به في علمه.

وقوله: (**فِي الظَّاهِرِ**) أي: كالعرج، وضعف البصر، والخرق في الثوب.

والخفي: كالزنا، والسرقة، وهذا مذهب «المدونة» وهو المشهور.

وعن ابن القاسم، وابن نافع: أنه يحلـف على البت فيهمـا، واحتج ابن نافع بأنه لو ثبت قدم العيب والبـائع غير عالم لرد عليه ولـم ينفعه عدم علمه، فـلا ينفعه الحلف على عدم علمه.

وأجاب المازري بأن البينة إذا أثبتت قدم العيب، فقد ثبت السبب الموجب للرد ووجب حل البيع المنعقد، وإذا لم يثبت العيب وكان مشكوكًا فيه لم يجب حل المنعقد.

وقال أشهب: يحلف على نفي العلم فيهـما، واحتج بأنه إن علم به فهو حانث، وإلا فلا يلزمه حتى يثبت قدمه فلا يحلف إلا على علمه.

واخـتلف في يمين المشـتري إذا نـكل البائع علـى ثلاثة أقوال؛ روى عـيـسى عن ابن القاسم: أنه يحلف على العلم في الظاهر والخفي؛ لأن التـدليس يكون من جهة البائع دون المبتاع.

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٩٦).

وروى يحيى عنه: أنه كـالبائع يحلف على البت في الظاهر وعـلى العلم في الخفي؛ لأن الأصل في اليمين أن تنقلب على نحو ما توجهت، واختاره ابن حبيب.

وقال ابن نافع، وابن أبي حـازم: يحلف المبتاع على البت، ولو ثبت العيـب فاختلف البائع والمبتاع في تاريخ البـيع، فادعى البائع تاريخًا قديمًا يكون العيب حـادثًا بالنسبة إليه، وقال المشتري: إنما كان في تاريخ يكون ذلك العيب قديمًا بالنسبة إليه.

فقـال ابن القاسم، وسـحنون: القول قول البـائع والمشتـري مدَّع، وذكر ابن حـبيب اختلافًا في هذا الأصل.

ابن عبد السـلام، وقوله: يحلف البائع لقد بعتـه، لا معنى له؛ لأن القاضي لا ينظر في أمرهما في هذه المـسألة إلا بعد إقرار المدعى عليه بحـصول البيع منهمـا، أو بعد ثبوته بالبينة.

خليل: وفيه نظر؛ لأن اليمين هنا ليست في حـصول البيع، وإنما هي على وقوع البيع في حال عقد البيع والقبض فيما فيه حق توفية.

وَيَرُدُّ النِّتَاجَ دُونَ الاسْتِغْلاَلِ وقِيمَةِ الانْتِفَاعِ

يعني: إذا رد المبيع لعيب رد معه النتاج، وسـواء اشتراها حاملاً أو حملت عنده؛ لأن الولد ليس بغلة دون الاستعمال، لما صـححه الترمذي: **أن سيـدنا رسول الله ﷺ قـضى بأن الخراج بالضمان**(١).

فائدة:

والمشـتـري لا يرد الغلة في خـمـسة مـواضع: في الرد بالـعيب، والبـيع الفـاسـد، والاستحقاق، والشفعة، والتفليس.

وهذا إذا فارقت الثمرة الأصول، أما إن لم تفارق، فـالمشهور: أنها لا ترد مع أصولها إذا أزهت ولم تجذ ولا يبست في الرد بالعيب وفي البيع الفاسد.

وأما الشفعة، والاستحقاق: فترد وإن أزهت ما لم تيبس، فإذا يبست لم يجب ردها، وفي التفليس: ترد ولو يبست ما لم يجذها.

---

(١) تقدم تخريجه.

وقيل في هذه المسائل: إن الإبار فوت.

المازري: وكان بعض أشـياخي يرى أنه لا فرق بين هذه المسـائل، وأنه يخرج في كل واحدة ما هو منصوص في الأخرى.

وَفِي رَدِّ ثَمَرَةِ مَا اشْتَرَاهُ مَأْبُورًا، أَوْ صُوفِ الغَنَمِ قَوْلانِ

يعني: إن من اشترى نخلاً مـؤبرًا واشتراطه، أو اشترى غنمًا عليهـا صوف تام، فجذ الثمـرة وأخذ الصـوف ثم اطلع على عيب، فـقال ابن القـاسم: يرد ما أخـذه من ثمرة أو صوف؛ لأن لهما حصة من الثمن.

وقال أشهب: لا يرد؛ لأنها غلة.

ابن المواز: واتفق ابن القـاسم، وأشهب على عـدم رد اللبن وإن كان في الضـرع يوم البيع، وذلك خفيف.

وعلى قول ابن القاسم، فيرد الثمرة إن كانت قائمة، وإن فاتت رد مكيلتها إن علمت، أو القيمة إن لم تعـلم، وأمضاها ابن القاسم في الشفعـة إذا لم تعلم بما ينوبها من الثمن. وعد ذلك سحنون اختلافًا من قوله، ونص ابن يونس في الصوف التام إذا لم يعلم وزنه أنه يرد الغنم بحصتها.

قال في «المدونة»[1]: فإن ردت الثمرة كان لك أجر سقيك وعلاجك.

ابن يونس: يريد ما لم يجاوز قيمة الثمرة.

الباجي[2]: وعندي أنه لا يكون له من العمل إلا ما لولا الثمرة لم يعمله؛ لأنهم لم يذكروا في مسألة الغنم الرجوع بالرعي والسقي، وإنما يرجع بالجز عندي، قال: ولم أر فيه نصا.

تنبيه :

وقع لابن القـاسم أنه لو هلكت الثـمرة المأبورة عند المشـتـري بأمر من الله تعـالى لم يضمنها المشتري.

فعارض هذا بعـضهم بما قاله من أنه يرد الثمرة؛ لأن قـوله: يرد الثمرة، يدل على أن

---

(١) «المدونة» (٣/ ٣٥٢).

(٢) «المنتقى» (٦/ ١٢٣).

لها حصة من الثمن.

وقوله: إنه لا يضمنها، يدل على أنها غير مشتراة.

واعتذر عن ذلك بأنه إنما لم يضمنها لكونها غير مقبوضة للمشتري، ولهذا منع أن تشترى النخل المؤبرة بطعام؛ لكون الثمرة يتأخر قبضها.

وقال بعض المتأخرين: إنه يضمن الثمرة إذا اشتراها بعد الزهو وإن هلكت بأمر من الله سبحانه، قاله المازري.

وَلَوْ رَدَّهُ فَتَلَفَ قَبْلَ إِقْبَاضِه، فَفِي ضمانه قَوْلان، بنَاءً عَلَى أَنَّ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ نَقْضٌ لِلْبَيْعِ مِنْ أَصْلِه فَعَلَى الْبَائِعِ، أَوْ بَيْعٌ الآنَ أَوْ نَقْضٌ الآنَ فَعَلَى الْمُشْتَرِي

أي: لو رد المشتري المعيب بحكم أو بغيره فتلف قبل قبض البائع له، فقيل: ضمانه من البائع، وقيل: من المشتري.

ومنشأ الخلاف كما قال: هل الرد بالعيب نقض للبيع من أصله فيكون ضمانه من البائع، أو هو نقض الآن فيكون من المشتري.

قال في «البيان»[1]: واختلف فيما يدخل به المردود بالعيب في ضمان البائع على أربعة أقوال:

الأول لأصبغ: يدخل في ضمانه بإشهاد المبتاع على العيب، وأنه غير راض به وإن لم يرض البائع بقبضه.

والثاني: أنه لا يدخل في ضمانه حتى يرضى بالقبض، أو يثبت العيب عند السلطان وإن لم يحكم، وهو الذي يأتي على مذهب مالك في «الموطأ»، وقول ابن القاسم في شهادات «المدونة».

والثالث: أنها لا تدخل وإن رضي، حتى يمضي من المدة ما يمكنه القبض فيه، وهو معنى قول مالك في «العتبية»[2].

والرابع: لا يدخل في ضمانه حتى يقبضه، ولو مضى زمان يمكنه فيه القبض، وهو

---

(١) «البيان والتحصيل» (٢/ ٧٦٨).

(٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٤٧).

ظاهر «العتبية» أيضًا.

قال: وهذا هو القياس على القول بأن الرد بالعيب ابتداء بيع، وأن على البائع فيه حق توفية دخل عليه مع علمه بأن المبيع قد يرجع إليه.

وزاد القابسي، فقال: ولم يعلم السمسار بتدليسه، وأما إن علم فله أجر مثله.

وقال ابن يونس: أرى أن يكون له ما سمي من الجعل، كما يكون للبائع المدلس الثمن لا القيمة، إلا أن يتعاقد مع البائع على التدليس فحينئذ يكون له أجر مثله؛ لأن رب السلعة قال له: دلس، فإن تم البيع فلك كذا وإلا فلا شيء لك، وهو غرر.

وزاد ابن سحنون قيدًا آخر «للمدونة»، فقال: بشرط أن يكون الرد بقضاء قاض لا تبرعًا، ولو استحقت من يد المشتري رجع بالثمن ورجع بالجعل، وإن فاتت السلع بيد المشتري فوجب له الرجوع بقيمة العيب، رجع بتلك النسبة من الجعل.

وقال بعضهم على ما نقله ابن يونس متممًا لهذا: ولو اطلع المشتري على عيب بالمبيع بعد أن حدث به عيب يوجب له الخيار، فإن اختار التمسك والرجوع بأرش العيب القديم، فيرد السمسار من الجعل ما ينوب العيب، وإن رد المشتري السلعة وقيمة الحادث، فيرد السمسار الجعل إلا قدر ما ينوب العيب.

فرع:

إذا كان المبيع يحتاج إلى حمل ومؤنة، كالأزيار والخشب، فاستأجر المشتري على حملها، ففي «المتيطية»: إن ثبت أن البائع مدلس، لزمه أخذ المبيع حيث وجده ولم يكن على المبتاع رده حيث قبضه، وكذلك إذا ادعى المبتاع عليه التدليس فنكل عن اليمين.

وحكى اللخمي قولاً آخر: إن على المشتري أن يردها حيث قبضها منه، وصوب الأول، وإن كان البائع غير مدلس؛ بأن حمل المبيع إلى موضع قريب، لزمه رده إلى حيث أخذه، وإن نقله إلى موضع بعيد كان فوتًا يوجب له الرجوع بقيمة العيب بعد ثبوته.

وَإِذَا صَرَّحَ الْوَكِيلُ أَوْ عَلِمَ، فَالْعُهْدَةُ عَلَى الْموكَّلِ

الأصل أن العهدة في الرد بالعيب والاستحقاق على متولي البيع إلا في الصورتين اللتين استثناهما المصنف:

الأولى: أن يصرح بأنه وكيل.

والثانية: أن يعلم كونه وكيلاً، هذا مذهب «المدونة»؛ لأن فيها: ومن باع لرجل سلعة بأمره من رجل فإن أعلمه في العقد أنها لفلان فالعهدة على ربها، فإن ردت بعيب فعلى ربها ترد وعليه الثمن لا على الوكيل.

وإن لم يعلم أنها لفلان حلف الوكيل وإلا ردت السلعة عليه.

وما باعه الطوافون في المزايدة مثل النخاسين وغيرهم، أو من يعلم أنه يبيع للناس فلا عهدة عليهم في عيب ولا استحقاق.

وقال أصبغ: العهدة على المتولي إلا أن يشترط عند البيع ألا عهدة عليه، وهذا الخلاف في الوكيل غير المفوض، وأما المفوض إليه فالعهدة عليه؛ لأنه أحل نفسه محل البائع، وكذلك المقارض والشريك المفاوض.

وأما القاضي والوصي، ففي «المدونة»[1]: لا عهدة عليها فيما وليا بيعه والعهدة في مال اليتامى، فإن هلك مال الأيتام ثم استحقت السلعة فلا شيء على الأيتام.

وحمله اللخمي على ما يبيعه للإنفاق عليهم للضرورة، قال: وإن تجر الوصي لليتيم أتبعت ذمته كالوكيل المفوض.

وقال ابن المواز: الذي آخذ به في الوصي والوكيل المفوض أن عليهما اليمين، وإن ذكر أنه لغيرهما، إلا أن يشترط ذو الفضل منهما أن لا يمين عليه، فذلك له اتباعًا واستحسانًا لقول مالك.

فرع:

فإن علم المبتاع بعد البيع أن المبيع لغير المتولي، فخيره مالك في الرد، أو على أن عهدته على الآمر، إلا أن يرضى الرسول أن يكتبها على نفسه فلا حجة للمشتري.

ابن المواز: وكذلك إذا ثبت أنه لغيره.

وعارضه ابن يونس: بأن المذهب في الغاصب إذا باع ما غصبه ثم قام المغصوب منه ورضي بالبيع لا خيار للمشتري، ولم يدخل على أن العهدة على المغصوب منه.

وأجاب: بأن ذمة المغصوب منه خير من ذمة الغاصب.

---

(١) «المدونة» (٣/ ٣٧٠).

وردَّ: بأن هذا الحكم ليس مقصوراً على الغصب، بل ولا مقال للمشتري في إجازة المستحق.

وأجيب: بأنه خلف ذلك علة أخرى، وهي أن الاستحقاق قائم في جميع البياعات أو أكثرها، فصار كالعيب الذي يجهله المتبايعان، وما هذا شأنه لا يقام به، بخلاف الوكالة فإن احتمالها ضعيف، إذ الغالب أن المتولي هو المالك.

وانظر ما ذكره من انتقال العهدة وقابله بما قاله عياض في الاستحقاق، لما ذكر عن «المدونة» في مكتري الأرض فتستحق منه فيجيز المستحق الكراء، أنه يمضي ولا يكون للمكتري ترك الكراء، ويقول: إنما كانت عهدتي على الأول فلا أرضى أن تكون عهدتي عليك أيها المستحق، فقال هو: هذا كلام غير محصل.

وقد عابه سحنون، وقال: ليس بصواب، ولو رضي بذلك لم تكن عهدته عليه؛ لأن العهدة لا تنتقل، كما لو باعه الغاصب فاستحقه سيده، فالعهدة على الغاصب لا تنتقل عنه، قاله مالك. انتهى.

فرع:

فإن سئل السمسار عن رب السلعة، فقال: لا أعرفه، فقال ابن أبي زمنين: يحلف أنه ما يعرفه، كذا رأيت لكثير من أشياخنا.

قال: وينبغي على أصولهم إن نكل عن اليمين واسترابه السلطان أن يعاقبه بالسجن على قدر ما يراه، إن شاء الله.

وفي النَّقِيصَةِ الَّتِي لاَ يُتَغَابَنُ بِمِثْلِهَا طَرِيقَانِ؛ الأُولَى: قَوْلاَنِ؛ الْخِيَارُ مُطْلَقًا، والْخِيَارُ لغير الْعَارِفِ بِهَا...

هذا يسمى القيام بالغبن، سواء كان المغبون بائعًا أو مشتريًا.

والغبن: بفتح الغين وسكون الباء عبارة عن اشتراء السلعة بأكثر مما جرت العادة أن الناس لا يتغابنون بمثله أو اشترائها كذلك، وأما ما جرت العادة به فلا يوجب ردًا اتفاقًا.

والطريق الأول لعبد الوهاب في «المعونة»[1]، وحاصله: أنه لا خلاف في ثبوت الخيار لغير العارف، وفي العارف قولان.

---

(١) «المعونة» (٢/ ٧٥).

الثَّانِيَـةُ: إِنْ كَانَ اسْتَـسْلَمَ وأَخْبَـرَهُ بِجَهْلِه فَأَوْهَمَـهُ فَلَهُ الرَّدُّ، وإِنْ كَانَ عَـالِمًا غَيْـرَ غالِطٍ بِالْغَبْنِ فَلا رَدَّ، وفِي غَيْرِهِمَا قَوْلانِ...

هذه الطريقـة للمازري، وحاصلهـا: إن استـسلم؛ أي: أخبر البـائع أنه غيـر عارف بقيمتها، فـقال له البائع: قيمتها كذا فله الرد، فإن كـان عالمًا بالمبيع وبثمنه فلا رد له، ولا خلاف في هذين القسمين، وفيما عداهما قولان.

ابن عبد السلام: ومشهور المذهب عدم القيام بالغبن، ولصاحب «المقدمات»[١] طريقة ثالثة: إن وقـع البيع والشراء عـلى وجه الاستـرسال والاستمانـة، فالقيـام بالغبن واجب بإجمـاع، كما لو قـال: اشتر مـني سلعة مثل مـا تشتري من الـناس، وإن وقع على وجه المكايسة فلا قيام بالغبن اتفاقًا، ولا بالغلط على المشهور.

ومعنى الغلط : أن يبيع شيئًا ثم يظهر خلافه، كـما لو باع حجرًا بالثمن اليسير فظهر أنه ياقوت أو بالعكس. والقول: بأنه يرجع بالغلط هو ظاهر ما في أقضية «المدونة»، والذي يشتري ياقـوتة ولا يعرفها البائع ولا المشتـري أن البيع يرد، وهذا الخلاف في الغلط إنما هو إذا سمى الشيء بجنسـه، كما لو قـال في الياقوتة: من يشـتري هذا الحجر؟ لأن اليـاقوت يسمى حـجرًا ، وأما لو سمـاه بغير اسـمه، كقوله: من يـشتري مني هذه الزجاجـة؟ فلا خلاف في وجوب الرد، قاله صاحب «البيان»[٢] وغيره.

والْغَبْنُ؛ قِيلَ: الثُّلُثُ، وقِيلَ: مَا خَرَجَ عَنِ الْمُعْتَادِ

أي: واختلف في الغبن الذي يقام به، وتصور كلامه ظاهر، وقال ابن القصار: إذا زاد على الثلث فيكون ثالثًا.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام المؤلف أنه لا فرق بين الـغبن المتفق عليه والمختلف فيه، وظاهر كلام غيره أن الغبن المتفق على اعتباره لا يوصل فيه إلى الثلث ولا إلى ما قاربه، بل إذا خرج عن الثمن المعتاد في ذلك المبيع صح القيام به.

---

(١) «المقدمات» (٢/ ١٣٩).

(٢) «البيان والتحصيل» (٧/ ٣٤٣).

واخْتُلفَ فِي عُهْدَةِ الثَّلاث، وعُهْدَة السَّنَة، فَرَوَى الْمَدَنيُّونَ: يُقْضَى بِهَا فِي كُلِّ بَلَدٍ، وَرَوَى الْمِصْرِيّونَ: لاَ يُقْضَى بِهَا إلا بِعَادَةٍ أَوْ بِحَمْلِ السُّلْطَانِ عَلَيْهَا.

العهدة خاصة بالرقيق، ومعناها: كون الرقيق المبيع في ضمان البائع بعد العقد، وهي عهدتان: قليلة الزمان كثيرة الضمان، وهي عهدة الثلاث؛ لأنه يضمن فيها كل شيء، وكثيرة الزمان قليلة الضمان؛ لأنه إنما يضمن ثلاثة أمراض: الجنون، والجذام، والبرص، واختلف في وجوب الحكم بها على القولين اللذين ذكرهما المصنف.

وفي «البيان»[1] ثالث: لا يحكم بها وإن اشترطوها، قال: وهو قول ابن القاسم في «الموازية»، ومحمد بن عبد الحكم يرى عهدة السنة حرامًا لا يعمل بها. انتهى.

وعلى رواية المدنيين يجب حمل الناس عليها، وعلى رواية المصريين فهل يستحب أن يحمل غير بلاد العهدة عليها؟ روى ابن القاسم: وددت أن يحمل الناس عليها.

وروى أشهب: لا يحمل أهل الآفاق عليها وليتركوا على حالهم.

فائدة:

قال المتيطي: إحدى وعشرون مسألة لا عهدة فيها على المشهور؛ الأمة والعبد اللذان ينكح عليهما، والرأس المخالع به، والمصالح به في دم، والمسلم فيه، والمسلم به، والقرض، والغائب يشتري على الصفة، والمقاطع به من الكتابة، والذي يبيعه السلطان على مفلس أو غيره، والمشترى للعتق بشرط، والمأخوذ من دين، والمردود بالعيب، ورقيق الميراث، والعبد المرهون، والأمة يشتريها زوجها، والعبد الموصى بشرائه للعتق، والعبد المكاتب به، والعبد الموصى ببيعه من زيد، والموصى ببيعه ممن أحب، والذي يباع بيعًا فاسدًا، قال: وفي بعض ما ذكرنا تنازع بين مالك وأصحابه.

فَفِي الثَّلاثِ جَمِيعُ الأَدْوَاءِ عَلَى البَائِعِ والنَّفَقَةُ والْكِسْوَةُ بِخِلافِ الْغَلَّةِ عَلَى الْمَشْهُورِ

هذا ظاهر، وإنما كانت النفقة والكسوة عليه؛ لأن الضمان منه، ولذلك كان أرش الجناية له، قاله في «المدونة».

ورأى ابن أبي زمنين أن البيع يفسخ هنا؛ لأن الحكم بالأرش موقوف على البرء، والبرء لا يعلم أمره، فلا يتأتى للمشتري انتفاع بالعبد من أجل وقفه للجناية.

(١) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٨٤).

قال: إلا أن يسقط البائع عن الجاني القيام بالجناية، فيزول المنع حينئذ لزوال الوقف، قال: إلا أن تكون الجناية مهلكة فلا يجوز البيع؛ لأنه بيع مريض يخاف موته.

قال في «المدونة»(١) في كتاب الخيار: وما وهب له في عهدة الثلاث من مال وتصدق به عليه فللبائع.

ابن حبيب: إلا أن يكون المشتري اشترط عليه ماله، فيكون ما وهب له أو تصدق به عليه للمشتري.

ومقتضى هذا: أن تكون الغلة له، وجعل المصنف هذا غير المشهور، وهو قريب من كلامه في «الجواهر»(٢).

وفي نقلهما نظر؛ لأن في «العتبية» (٣) فيما ربح العبد في الثلاث، أو أوصى له به ولم يستثن المشتري ماله فهو للبائع.

المازري: والقاضي أبو محمد أشار في بعض كتبه إلى ارتفاع الخلاف في الغلة وأنها للمشتري، قال: ولكن المنصوص هنا أن ذلك للبائع.

وفِي السَّنَةِ الْجُنُونُ، والْجُذَامُ، والْبَرَصُ، ومُسْتَنَدُهُمَا عَمَلُ الْمَدِينَةِ.

أي: ودليلنا على العهدتين عمل أهل المدينة، وفي «الموطأ»(٤): أن أبان بن عثمان وهشام بن إسماعيل كانا يذكران في خطبتهما عهدة الرقيق في الأيام الثلاث حين يشتري العبد أو الوليدة وعهدة السنة.

ونقل ابن عبد البر(٥): أن عمر بن عبد العزيز قضى بها، وبها قال الفقهاء السبعة.

ابن شهاب: والقضاة ممن أدركنا يقضون بها.

وخرج أبو داود عن الحسن عن عقبة بن عامر، أن رسول الله ﷺ قال: «**عهدة الرقيق ثلاثة أيام**»(٦).

(١) «المدونة» (٣/ ٢٢٠).

(٢) «الجواهر» (٢/ ٤٩٩).

(٣) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٨٤).

(٤) «الموطأ» (٢/ ٦١٢).

(٥) «الاستذكار» (٦/ ٢٧٨).

(٦) أخرجه أبو داود (٣٥٠٦) وأحمد (١٧٤٢٢) والدارمي (٢٥٥١) والحاكم (٢١٩٨) والبيهقي في «الكبرى» (١٠٥٣٣) وضعفه الألباني ـ رحمه الله ـ.

وذكر ابن أبي شيبة[١] عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ قال: «**عهدة الرقيق ثلاثة**».

قالوا: ولم يسمع الحسن من عقبة، واختلف في سماعه من سمرة.

وفي «البيان»[٢]: ضعف بعضهم حديث عقبة.

وابْتِدَاؤُهُمَا أَوَّلُ النَّهَارِ مِنَ الْمُسْتَقْبَلِ، وقَالَ سَحْنُونٌ: مِنْ حِينِ الْعَقْدِ

قد تقدمت هذه ونظائرها في باب العقيقة. وظاهر كلام المصنف أن قول سحنون نص هنا.

والذي في الباجي[٣] والمازري: أنه مخرج على قوله في الصلاة، وهذا إذا كان البيع بتًا، فإن كان بيع خيار فمن يوم إمضاء البيع.

وفِي تَدَاخُلِهِمَا قَوْلانِ

القولان لمالك، والأقرب عدم التداخل.

ابن بزيزة: وهو المشهور؛ لأن الضمان في كل منهما غير الآخر فصارا كأجنبيين.

وقال بالتداخل ابن الماجشون، وهو قول ابن القاسم، فإن اجتمع مع ذلك استبراء، فقال ابن القاسم: عهدة الثلاث داخلة في الاستبراء.

وكذلك روى ابن القاسم عن أشهب في «العتبية»[٤].

ابن المواز: وقال ابن الماجشون: يدخل في السنة الثلاث والاستبراء، وكذلك روى ابن حبيب عن مالك أن عهدة السنة من يوم البيع.

ابن يونس: ووجه رواية ابن القاسم أن الثلاث والاستبراء في البيع التام الضمان فيه من البائع من كل شيء، ولا يجوز النقد فيهما بشرط، فلما استويا دخل بعض ذلك في بعض، وعهدة السنة الضمان فيها من المبتاع من كل شيء، إلا من ثلاثة أدواء فوجب أن لا يدخل عليها .

ووجه قول ابن الماجشون: أن المراعى في عهدة السنة مرور الفصول الأربعة بذهاب

(١) «المصنف» (٧/ ٣٠٦).

(٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٨٢).

(٣) «المنتقى» (٦/ ٥٨).

(٤) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٨٢).

السنة لبيان السلامة، فوجب أن يكون من يوم العقد.

وفي «الكافي»[1] قولٌ أن عهدة الثلاث لا تدخل في الاستبراء.

وقال المشيخة السبعة: يبدأ بالاستبراء ثم بالثلاثة ثم بالسنة.

وما يَطْرأُ واحْتُمِلَ فيهَا وبَعْدَهَا، فَمِنَ الْمُشْتَرِي عَلَى الصَّحِيحِ

يعني: أن ما حدث في زمـان العهدة فإنه من البائع إذا علم أنه حدث فـيها، وأما إن أشكل أمره هل طرأ في العهدة أو بعدها، فـذكر المصنف أن الأصح أنه من المشتري - وهو قول ابن القاسم - لأنه قال في العـبد يأبق في العهدة وقد كان البـائع قد تبرأ من إباقه فلم يعلم هلاكـه أن ذلك من المشتـري حتى يعلم أنه أصـابه في العهـدة، بناء على أن الأصل السلامة وانبرام العقد.

والمنقول في اللخمي، والباجي[2] وغيرهما عن مالك: أن ذلك من البائع.

وفي جعله مقـابل الأصح نظر. وقد قال اللخمي: إن قـول مالك أقيس؛ لأن الأصل أنه في ضمان البائع، ووجوده بعد الثلاث مشكوك فيه؛ فلا ينتقل عن ضمان الأول بشك.

ولِلْمُشْتَرِي إِسْقَاطُهَا بَعْدَ الْعَقْدِ

أي: إذا وقع العقد على العهدة فللمشتري إسقاطها؛ لأنه حق له.

ولِلْبَائِعِ قَبْلَهُ كَعَيْبِ غَيْرِهِ

هكذا وقع في بـعض النسخ: (ولِلْبَـائِعِ) بلام الجر، وعليها تـكلم ابن راشد، فقال: يعني وللبائع إسقاط العهدة قبل العقد، كما له أن يتبرأ من سائر عيوب الرقيق.

وفي بعض النسخ: والبائع قبله كعيب غيره، فـيحتمل هذا ويحتمل غيره، وهو الذي قاله ابن عبد السلام: إن الـبائع حكمه في العيب قبل الإسقاط كعـيب غيره؛ أي: كالعيب مع عدم الإسقاط، كـما لو اشترى عبداً على عـهدة الثلاث؛ قبضه فـبقي يوم أو يومان ثم أسقط حـقه، ثم اطلع على عيب حـدث في اليوم الأول أو في الثاني ؛ فـحكمه في ذلك حكم من اشترى عبداً أو اطلع فيه على عيب قديم.

---

(١) «الكافي» (ص/ ٦٩).

(٢) «المنتقى» (٦/ ٥٩).

فَإِنْ حَـدَثَ مَا يَمْنَعُ الرَّدَّ كَالْعِـتْقِ، فَقِيلَ: تَسْـقُطُ بَقِيَّـتُها، وقِيـلَ: تَبْقَى ويَرْجِعُ بالأَرْشِ، وقِيلَ: تَبْقَى ويُرَدُّ الْعِتْقُ...

أي: فلو أعتق المشتـري العبد المبيع على العهدة، أو كـاتبه، أو دبره، أو أولدها ونحو ذلك؛ ففي «الموازية»: تسقط بقية العهدة، وعليه فتسقط النفقة على البائع.

وقال أصبغ وسحنون: ينفذ العتق ويرجع بقيمة العيب.

اللخمي: وهو أحسن.

وروى ابن حبيب عن ابن القاسم ثلاثة أقوال: اثنين كالمتقدمين، والثالث: يرد العتق. وذكر هذا القول في عهدة السنة.

الباجي[1]: وهو في عهدة الثلاث أولى.

وألزم المازري على نقض العتق بما يحدث في العهدة نقـضه أيضًا بعيب قديم ثم اطلع عليه، على طريق من قال: إن الرد بالعيب نقض للبيع من أصله.

وفِيهَا: ولاَ يُنْقَدُ فِي عُهْدَةِ الثَّلاثِ بشَرْطٍ، بخِلاَفِ السَّنَةِ

تقدمت هذه المسألة مع نـظائرها، وفهم من قوله: (بشَـرْطٍ) أنه لو طاع بذلك لجاز، قـالوا: ولو تطوع به ثم أراد اسـترجـاعـه ووضعـه على يد أمين لم يكن له ذلك، وجـاز الاشتراط في عهدة السنة؛ لأنها في عيوب يسيـرة الغالبُ السلامة منها؛ فيؤمن من الوقوع في: تارة بيعًا وتارة سلفًا.

ولعله نسب المسـألة «للمدونة» لإشكالها؛ لأنه منـع اشتراط النقـد في الثلاث؛ وألزم النقد في بيع الثمار بعد الزهو بمجرد العقد وكـلاهما في ضمان البائع. وفرقوا بغلبة الأمن في الثمار؛ ولأن ما يـطرأ في الثمار يستوي فيـه المتبايعان بخلاف الثلاث؛ لاحـتمال تقدم علم البائع بالعيب.

فروع:

الأول: إن بنينا على عدم الجـواز بشرط قبض، مـحمد: على أنه يجوز في المواضـعة وضع الثمن عنده مختومًا عليه.

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٦٠).

بعض الموثقين: وعهدة الثلاث لا شك فيها.

الباجي[١]: ويجيء على قول القاضي أبي محمد في مسألة بيع العربان أن ذلك جائز.

بعض القرويين: وإنما لم يجز هنا للطبع عليه بخلاف الرهن؛ لأن الثمن في المواضعة عين الحق، بخلاف الرهن فإنه إنما وضع توثقًا.

الثاني، قال محمد: ولو لم يتطوع أولاً به وتشاح هو والبائع في بقائه بيد ثقة إلى انقضاء العهدة أو الاستبراء؛ فهل يجب ذلك على المبتاع أم لا ؟

فيه عن مالك روايتان: إحداهما في «العتبية»[٢]: أنه لا يلزمه ذلك، وقاله في «المبسوط».

والأخرى في «الموازية»: أن ذلك لازم له، وقاله ابن القاسم، وابن حبيب، وابن عبدوس.

الباجي في «وثائقه»: ودليل «المدونة» ما في «العتبية»[٣]؛ لأنه قال فيها: وإذا اشترى الجارية وهي ممن يتواضع مثلها أيصلح أن يشترط مواضعة النقد على يد رجل؟ قال: نعم، فيدل على أنه لو لزمه لما احتاج البائع إلى شرط.

الثالث: إن تلف هذا المال عند المودع وخرج المبيع من العهدة سالمًا، فإن ضمان الثمن من البائع وأخذ المبتاع عبده دون شيء، وإن هلك المبيع فهو من البائع ومصيبة الثمن من المبتاع.

وإن ظهر بالمبيع عيب حدث في العهدة، أو كان به قبلها وأراد المبتاع الاستمساك به، فهل يكون له ذلك من ضياع الثمن أم لا؟ فيه عن مالك روايتان:

إحداهما: أن له ذلك، ابن القاسم: بالثمن التالف.

والأخرى: أنه ليس له ذلك، قال ابن الماجشون: ويفسخ البيع بينهما، إلا أن يأخذ بثمن آخر فيكون ذلك له.

وقال سحنون: إن تلف الثمن قبل حدوث العيب فلا يأخذه إلا بثمن آخر، وإن تلف

(١) «المنتقى» (٦/ ٦٧).

(٢) «البيان والتحصيل» (٤/ ٨٢).

(٣) «البيان والتحصيل» (٤/ ٨٢).

بعد حدوثه وقبل رضا المبتاع به فله أخذ المبيع دون ثمن.

الجنون الذي يرد به في السنة: هو ما كان عن مس الجان، ومعناه الوسوسة.

البـاجي[١] وغيره: وهو مذهب مالك، إلا ابن وهب فـإنه رأى الجنون مطلقًا موجبًا للرد ولو كان بضربة أو غيرها.

الـرابـع: لو ظهر أحد الأدواء الثـلاثة ثم ذهب قبل الرد، فقال مـالك وسحنون: يرد بالجنون إذ لا تؤمن عودته.

وأما الجذام والبرص، فقال ابن حبيب: هو كالجنون.

وقال ابن القاسم: لا رد له إلا أن يقول أهل المـعرفة: إن عودته لا تؤمن، وعلى هذا فالخلاف خلاف في حال.

وأما ما ذهب من العيوب الحادثة في الثـلاث قبل الرد، فإن كانت مما تؤمن عودته فلا رد، كذهاب البياض من العين، وأما ما يتقى عودته كالحمى، فقال سحنون: له الرد، وقال أشهب بالتوقف حتى ينظر، فإن لم يتبين ذهابها فلا رد، وإن عادت بالقرب رد.

وينْتَقِلُ الضَّمَـانُ علَى الْمُشْتَرِي بالْعَـقْدِ الصَّحِيحِ، إلا فِيـمَا فِيهِ حَقُّ تَوْفِـيَةٍ مِنْ كَيْلٍ، أَوْ عَدَدٍ، أَوْ وَزْنٍ...

لما فرغ من الكلام في لزوم العـقد وجوازه شرع فـي بيان حكمه قبل القـبض وبعده، وتكلم في أمور ثلاثة: في انتقال الضمـان، وفي صورة القبض، وفي وجوبه، ثم إن البيع قسمان: صحيح، وفاسد.

وبدأ بالصحيح، والدليل على انتقال الضمان بالعـقد ـ إلا فيما استثناه المصنف ـ قوله ﷺ في الصحيح: «**الخراج بالضمان**»، والإجماع أن الخراج للمشتري بالعقد.

وفِي الثِّمَارِ قَبْلَ كَمَالِ الطِّيبِ، وفِي الْمَحْبُوسَةِ بالثَّمَنِ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ خَاصَّةً.

هذا معطوف على ما فيه حق توفية؛ أي: أن هذين لا ينتقل فيهما الضمان بالعقد، أما الثمار فلبقاء ضمان الجوائح فيها، وأمـا المحبوسة؛ أي: سلعة بيعت وليست من الثمار قبل الطيب ولا فيها حق توفيـة وحبسها البائع لأجل ثمنها؛ فضمـانها من بائعها، وهذه إحدى

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٦٠).

الروايتين عن مالك.

والثانية: أن الضمان من المشتري.

ابن المواز: وإنما اختلف قول مالك في هذا إذا لم ينقد، والمشهور من قول ابن القاسم أنها تضمن كالرهان، إلا أن يكون المشتري هو التارك لها فكالوديعة.

ولهذا قال سحنون في «نوازله»: جـميع أصحاب مالك: أن المحبوسة بالثـمن ضمانها من المبتاع، إلا ابن القاسم فإنه رأى حكمها كالرهن.

قال في «البيان»[1]: وهو المشهور من قوله.

قال: ويتحصل في تلفها إن قامت بينة عليه قولان:

أحدهما: أن مصيبتها من البائع ويفسخ البيع.

والثاني: أن مصيبتها من المبتاع ويلزمه الثمن، وإن لم تقم بينة على تلفها أربعة أقوال:

أحـدها: أن البائع يصدق مع يمينه على ما ادعاه من تلفها، كانت قيمتها مثل الثمن أو أقل أو أكثر، وينفسخ البيع، وهو قول سحنون.

الثـاني: أنه يصدق مع يمينه على ما ادعاه من تلفها ويفـسخ البيع، إلا أن تكون قيمتها أكثر من الثمن فلا يصدق إلا أن يصدقه المبتاع، وهو بالخيار بين أن يصدقه فيفسخ البيع، أو يضمنه القيمة ويثبت البيع، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية.

وهذان القولان على قياس القول بأن المصيبـة من البائع، وينفسخ البيع إذا قامت البينة على التلف.

الثالث: أن البائع يصدق مع يمينه فتلزمه قيمتها إذا كانت أقل من الثمن أو أكثر ويثبت البيع، وهو الذي يأتي على المشهور من قول ابن القاسم أن المحـبوسة بالثمن حكمها حكم الرهن.

الرابع: أن البائع مصدق مع يمينه في تلفها وتلزمه قيمتها، إلا أن تكون أقل من الثمن فلا يصدق؛ لأنه يتهم أن يدفع إليـه القيمة ويأخذ الثمن وهو الأكثر، إلا أن يصـدقه المبتاع فيكون بالخيـار بين أن يصدقه فيأخذ القيـمة ويدفع إليه الثمن، وإن كان أكـثر أو لا يصدقه

(١) «البيان والتحصيل» (٧/ ٤٨٠).

وينقض البيع.

وهذان القولان على قياس القول بأن مصيبة المحبوسة بالثمن مصيبتها من المبتاع إذا قامت البينة على تلفها كالرهن. انتهى.

ونقل غيره عن مالك قولاً بالتفصيل؛ لأنه قال في «مختصر ما ليس في المختصر»: إن كان المشتري من أهل البلد وهو موسر فالمصيبة من البائع، وإن كان غريبًا أو ليس بموسر فالمصيبة من المشتري.

وقوله: (**خَاصَّةً**) عائد على ابن القاسم؛ أي: أن ابن القاسم انفرد به دون أصحاب مالك كما قاله سحنون.

وجعله ابن عبد السلام عائدًا على المحبوسة لا إلى ابن القاسم، قال: لأن ابن القاسم لم ينفرد به، بل هو أحد قولي مالك في «المدونة». قال: وكذلك المحتبسة لأجل الإشهاد عند المتأخرين.

فرع:

إذا بقيت السلعة بيد البائع على سبيل المساكنة فاختلف المتأخرون، هل تلحق بالمحبوسة بالثمن، أو بالوديعة؟ على قولين، بناء على وجوب التسليم بمجرد العقد حتى يتبين قصد احتباسها، والأصل: بقاؤها على ملكه، وإنما يرضى بتسليمها إذا قبض ثمنها.

وقِيلَ: يُشْتَرَطُ مُضِيُّ زَمَنٍ يَتَّسِعُ لِلْقَبْضِ، وقِيلَ: بشَرْطِ تَمْكِينِ الْبَائِعِ، وقِيلَ: لاَ يَنْتَقِلُ إلا بالْقَبْضِ كَالشَّيْءِ الْغَائِبِ والْمُوَاضَعَةِ.

هذه الأقوال راجعة لصدر المسألة. أي: المشهور أن الضمان ينتقل بالعقد، وقيل: إنما ينتقل بالعقد بشرط مضي زمن يتسع فيه للقبض، حكاه المازري عن بعض الأشياخ، وقيل: بشرط تمكين البائع من القبض، وليس أخص من الذي قبله؛ لأنه قد يوجد تمكين البائع للمشتري من القبض إثر البيع قبل تمام الزمان الذي يتسع للقبض.

وتصور الثالث ظاهر، وعزاه ابن رشد لأشهب، وحكاه أيضًا المازري عن بعض الأشياخ، وأنكره ابن دحون، ورد عليه ابن رشد بوجوده.

وقوله: (**كَالشَّيْءِ الْغَائِبِ**) أي: كما أن الشيء الغائب والمواضعة لا ينتقل ضمانها إلا بالقبض فكذلك هذا.

وفي بعض النسخ: كالمستثنى والغائب، فيكون مـراده بالمستثنى ما استثني أولاً بقوله: (إلا فيما فيه حق توفية...) إلى آخره.

وليس ذكر المواضعة بينًا؛ لأن ضمان البائع فيها ينتهي بخروج الأمة من الحيض.

بل الذي نقلـه البـاجي[١] أن الضمـان ينتهي برؤية الدم، قـال: لأن ابن القاسم في «المدونة» أجاز للمشتري برؤية الدم الاستمتاع.

وما ذكره المصنف من أنها في ضمان البائع إلى قبض المشتري.

ابن عبد السلام: قد أنكر وجوده في المذهب بعض كبار الشيوخ وحفاظهم.

وبنى على هذا الإنكار تخطئة مـا يثبته الموثقون وغيـرهم من الحكم على البائع بإنزال المشتري في الربع المبـيع وبطواف الشهود عليه، وقال: لو كـان هذا لازمًا للبائع لكان ذلك حق توفية، فيكون ضمان الدار المبيعة من بائعها حتى يقبضها المشتري.

وأثبت بعـضهم هذا القول فـي المذهب، ورأى أن القول بإنزال المشـتري مبنـي عليه، وبالجملة فهو قول مختلف في ثبوته بين الشيوخ وأصول المذهب تأباه.

والْقَبْضُ فِي الْمَكِيلِ بالْكَيْلِ، وفِي الْمَوْزُونِ بالْوَزْنِ، وفِي الْمَعْدُودِ بالْعَدَدِ

هذا هو القسم الثاني في صورة القبض وهو ظاهر.

فرع:

وهل أجرة الكيل على البائع أو على المشتري؟ في «الموازية» قولان: ابن شعبان: أجرة الكيل والوزن في المبيع على البائع، وفي الثمن على المشتري.

عيـاض: وهذا موافـق للقول: إنه على البـائع؛ إذ كل واحد منهـما بائع لـشيئـه من صاحبه؛ وهو الأقرب.

وفِي اعْتِبَارِ قَدْرِ الْمُنَاوَلَةِ قَوْلانِ

أي: إذا وزن أو كال فهل ينتـقل بمجرد ذلك؛ بحيث لو أتلف حينئذ كـان ضمانه من المشتري، أو لابد من اعتبار قدر المناولة؟ وأطلق الخلاف تبعًا للمازري وابن شاس[٢].

---

(١) «المنتقى» (٦/ ١٢٠).

(٢) «الجواهر» (٢/ ٥١٠).

وزاد المازري ثالثًا: إن كـان المشتري هو المتولي الكيـل لنفسه فالضـمان منه، وتبع ابن راشد، وابن عبد السلام هذه الطريقة، وقال في «البيان»[١]: إن تولى البائع أو أجيره الكيل ثم سقط المكيال من يد البـائع وقبل أن يصبه في وعاء المشتري؛ فـلا خلاف أن ضمانه من البـائع، وإنما الخلاف إذا تولى ذلك المشـتري أو أجيره، فـروى يحيى عن ابن القـاسم أن مصيبته من البائع، ورواه أشهب عن مالك.

وقال سحنون في «نـوازله»: إن مصيبتـه من المبتاع، وسواء كان المكـيال من البائع أو المبتاع، إلا أن يكون المكيال هو الذي ينصرف به المبـتاع إلى منزله ليس له إناء غيره؛ فيكون ضمان ما فيه منه إذا امتلأ؛ كان لـه أو للبائع واستعاره منه المبتاع، قاله ابن وهب في رواية أبي جعفر عنه.

وفِي الْعَقَارِ التَّخْلِيَةُ

أي: والقبض فـي العقار بالتـخلية، أي: يخلي البـائع بينه وبين المشتـري ويمكنه من التصرف فيه بتسليم المفتاح، وشرط الشافعية فيه تفريغه من أمتعة البائع، وبه فسر ابن راشد كلام المصنف.

وكذلك قال ابن عبد السـلام: إن إخلاءها من الشواغل هو ظاهر كلام المصنف وليس بظاهر؛ لأن المصنف إنما قـال: التخلية، وإنما يأتي مـا قالاه لو قال: الإخـلاء؛ بل يكتفي بالتسليم وإن لم يحصل الإخـلاء؛ لأن مقتضى كلام اللخـمي: أنه يكتفي في الدور بمجرد التسليم؛ قال: إلا في دار السكنى فلابد من إخلائها من الشواغل.

وقد نص المصنف في الرهن على أن قبضه كقبض المبيع.

وفِي غَيْرِهِمَا الْعُرْفُ

أي: والقبض في غير المثلي والعقار ما يعد في العـرف قبضًا؛ كاختبار الثوب وإعطائه رسن الدابة.

وإِذَا اخْتَلَفَا فِي الْبِدَايَةِ أُجْبِرَ الْمُشْتَرِي، وقِيلَ: يُخَلَّيَانِ، فَمَنْ سَلَّمَ أُجْبِرَ لَهُ الآخَرُ

هذا هو القسم الثـالث وهو الإجبار عليـه، ولا شك أن كلاً من المتبـايعين يجب عليه تسليم العوض، فـإن اختلفا، فقال البـائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض، وقـال المشتري: لا

(١) «البيان والتحصيل» (٧/ ٣٧٤).

أسلم الثمن حتى أقبض.

المازري: ولا أعرف فيها نصا لمالك ولا للمتقدمين.

ابن القـصار: والذي يقوى فـي نفسي على المذهب أحـد أمرين؛ جـبر المشـتري وهو مذهب أبي حنيفة، أو إعراض الحاكم عنهمـا، ومن تطوع منهما أجبر له الآخر، قال: وأن يجبر المبتاع أقوى، فأنت ترى كـيف لم يجزم بشيء، والمصنف قد حكى الاحتمالين قولين وليس بجيد، وخرج عبد الحميد قولين:

أحـدهمـا: جبر المشتري من جـبر الزوج على دفع الصداق قبل الدخول؛ لأن الزوج مشتر والمرأة بائعة.

والثـاني: تبدئة البائع من اختلاف المكتـري وصاحب الدابة؛ فإنه قال في الأكرية من «المدونة»[1]: يبدأ صاحب الدابة بالدفع، فكلما مضى يوم أخذ حصته من الكراء.

ونقل بعض من تكـلم على هذا المحل عن شيـخه الزواوي: أنه كـان يتـعـجب من احتيـاجهم إلى مثل هذا الاستـقراء على ضعفه وفي «المدونة» مـا هو نص أو كالنص على تبدئة المشتري؛ ففي كتاب العيوب منها: ومن اشـترى عبدًا فللبائع أن يمنعه من قبضه حتى يدفع إليه الثمن.

وكذا قال ابن عبد السلام وزاد موضعًا آخـر كهذا؛ وهو أنه قال في هبة الثواب: فأما هبة الثواب فللواهب منعها حتى يقبض العوض كالبيع.

وقال القاضي إسماعيل: يدفع الثمن والمثمون إلى رجل فيدفع الرجل إلى كلٍّ منهما ما يستحقه.

وصحح المازري أن المتبايعين يخرج كل واحد منهما ما عنده ويمد يده إلى صاحبه، وإن تعذر هذا انتقلا إلى القرعة.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لاَ ضَـمَانَ فِي الْفَاسِدِ إِلا بِالْقَبْضِ، وقَالَ أَشْـهَبُ: أَو بِالتَّمْكِينِ، أَوْ بِنَقْدِ الثَّمَنِ...

لما قدم ما ينـتقل به الضمان في البـيع الصحيح أخذ فيـما ينتقل به الضمـان في البيع الفاسد، وتصور كلام ابن القاسم ظاهر.

---

(١) «المدونة» (٢/ ١٧٧).

وزاد أشهب شيئين آخرين للضمـان؛ وهما: تمكين المشتري من السلعة، وإعطاء الثمن للبائع.

وقال سحنون: إنما يضـمن بعد العقد ضمان الرهان، والأظهـر قول ابن القاسم؛ لأن المشتـري إنما قبض لحق نـفسه علـى نحو ما يقـبض المالك، ولم يقـبضه لـلانتفاع بالـثمن كالرهن، ولا للانتفاع به مع بقائه كالعواري، ولا دخل به على احتمال رده كالخيار.

وِيُقَوَّمُ وَقْتَ ضَمَانِه لاَ وَقْتَ الْعَقْدِ

أي: أن المبيع بيعًا فاسدًا إذا فات ووجب ضمانه فيقوم في أول أزمنة ضمانه؛ وهو يوم القبض عند الجميع ، أو يوم التمكين، أو دفع الثمن عند أشهب.

ابن راشـد: وما ذكـره المصنف هو المشهـور، وقـيل: يقوم يوم العـقد، وقـيل: يوم الفوت.

واسْتِعْمَالُهُ مُطْرَحٌ؛ إِذِ الْخَرَاجُ بالضَّمَانِ

أي: ما استغله المشتري من المبيع بيعًا فاسدًا فهو له؛ ولو فسخ البيع ورد المبيع، وعلله بما ذكره.

ولا يَنْتَقِلُ الْمِلْكُ فِيه إِلاَّ بِالْقَبْضِ والْفَوَاتِ

يعني: أنَّا وإن قلنا: الضـمان في المبيع بيـعًا فاسدًا ينـتقل بالقبض؛ فـالملك لا ينتقل بذلك، بل لابد من ضميمة الفوات.

وفي بعض النسخ: على المعروف؛ إشارة إلى ما ذهب إليه سحنون: أن الملك لا ينتقل بوجه في الحرام البين.

وذهب ابن مسلمة إلى أن الفسخ بعد القبض استـحسان، وظاهره أن العقد الفاسد إذا اتصل به القبض نقل الملك.

قَالَ ابْنُ الْقَـاسِمِ فِي الْحَرَامِ الْبَـيِّنِ: الْمِثْلُ فِي الْمِـثْلِيِّ والْقِيمَـةُ فِيـمَا سِوَاهُ ، ومَـا كَرِهَهُ النَّاسُ يَمْضِي بالثَّمَنِ، وقِيلَ: بتَعْمِيمِ الأَوَّلِ...

نسب هذا لابن القاسم لاختـصاصـه به؛ أي: أن ابن القاسم فرق في الفـاسد بين أن يكون حرامًـا صريحًا ثبت تحريمه بنص أو إجـماع وشبه ذلك، وبين أن يكون مـدرك تحريمه

قياسًا وعمومًا بعيدًا، فالأول تلزم فيه القيمة في المقوم والمثل في المثلى، والثاني يمضي بالثمن؛ أي: يمضي بالثمن بعد الفوات، نص عليه في «الجواهر».

ابن عبد السلام: وظاهر كلام المصنف أنه يمضي بالعقد الأول ولا يرد، وليس بظاهر؛ لأن كلام المصنف ليس فيه ما يعطيه أنه يمضي بالعقد.

وباشتراطه الفوات علم أنه لم يرد المكروه الذي هو مقابل المندوب؛ وإنما أراد ما جرت به عادة المتقدمين من إطلاق المكروه على نوع من الحرام، ولهذا أكد الحرام بالبين في القسم الأول.

ومثل ابن القاسم المكروه بمن أسلم في حائط بعينه قد أزهى ويشترط أخذ ثمره؛ فإنه يفوت بالقبض.

وقوله: **(وقِيلَ: بتَعْمِيمِ الأَوَّلِ)** الذي هو الحرام البين؛ فيفسخ مطلقًا، فإن فات وجبت فيه القيمة إن كان مقومًا والمثل إن كان مثليا، وهو قول ابن نافع وسحنون.

وحكى اللخمي في المختلف فيه أربعة أقوال؛ قيل: يمضي بالعقد، وقيل: بالقبض، وقيل: بالفوات فيمضي بالثمن، وقيل: بالقيمة كسائر البياعات الفاسدة، وهو قول من لم يراعِ الخلافَ.

فَإِنْ كَانَ درهَمَان وسِلْعَةٌ تُسَاوي عَشَرَةً بثَوْب فَاسْتُحقَّت السِّلْعَةُ وفَاتَ الثَّوْبُ؛ فَلَهُ قِيمَةُ الثَّوْبِ بِكَمَالِه عَلَى الأَصَحِّ، ويَرُدُّ الدِّرْهَمَيْنِ لاَ قِيمَةَ نِصْفِه وثُلُثِه...

يعني: فلو كان التعاوض بأن دفع رجل درهمين وسلعة تساوي عشرة دراهم وأخذ ثوبًا فاستحقت السلعة من يد من أخذها؛ فحقه أن يرد الدرهمين ويرجع فيأخذ ثوبه؛ لأنه لما استحق جل ما بيده انتقضت الصفقة كلها، لكن المصنف فرض فوات الثوب، وفواته بحوالة السوق فأعلى.

وقوله: **(فَلَهُ)** أي: مع الفوات قيمة الثوب كاملاً ويرد الدرهمين لصاحب السلعة؛ بناءً على أن الصفقة إذا استحقت جلها انفسخت كلها به، وهذا هو المشهور.

وقيل: إنما له قيمة خمسة أسداسه في المثال المذكور؛ بناءً على صحة البيع فيما قابل الدرهمين لعدم استحقاقهما؛ لأنك قد علمت أن قيمة السلعة عشرة دراهم؛ فإذا أضفت إليها الدرهمين كانت نسبتهما من الجميع السدس، فيمضي البيع في سدس الثوب؛ فلو

كانت قـيمته خـمسة عشر مـثلاً قاصه بدرهـمين ويرجع بثلاثة عشر على المشـهور، وعلى مقابله باثني عشر ونصف.

فلو كانت قيمته تسعة رجع على المشهور بسـبعة وقاصه بدرهمين، وعلى مقابله بسبعة ونصف.

أما لو كـانت قيمـته اثني عشر كـعوضه؛ رجع بعـشرة اتفاقًـا ويقاص بدرهمين على المشهور ويملكها على مقابله بغير مقاصة.

وزعم ابن عبد الـسلام أن قوله: **(لا قيـمَةَ نصفْـه وثُلُثه)** لا يريد به خصـوصية هذه المسألة؛ لاستحالـة أن تكون السلعة ثلثًا ونصفًا، وإنما مراده: لا قيمـة ثلثه إن كانت السلعة ثلث الصفقـة كما لو كانت تسـاوي درهمًا واحدًا، ولا قيمـة نصفه كمـا لو كانت تساوي درهمين، وهذا ليس بظاهر؛ لما ذكرناه.

والْفَوَاتُ بتَغَيُّرِ الذَّات، وتَغْييـرِ السُّوقِ، والْخُرُوجِ عَنِ الْيَدِ بِالْبَيْعِ الصَّحِيحِ، وتَعَلُّقِ حَقِّ الْغَيْرِ بهَا كَرَهْنِهَا أَوْ إجَارَتِهَا.

لما ذكر أن الملك ينتقل بالفوات ذكر له أربعة أسباب:

الأول: تغيير الذات.

الثاني: تغيير السوق.

الثالث: الخروج عن اليد ببيع أو هبة أو صدقة أو عتق، وليس تخصيص المصنف البيع بظاهر.

والرابع: تعلق حق الغير بها كما ذكرنا.

وظاهر كلامه يقتضي أن تغير الذات يفيت المثلي، وقاله ابن شاس(١).

والذي في اللخمي والمازري وابن بشير: أنه لا يفوت؛ لأن المثل يقوم مقامه.

ويُعْتَبَرُ فَوَاتُ الْغَرَضِ الْمَقْصُودِ فَتَفُوتُ الدَّارُ بالْهَدْمِ والْبِنَاء

أي: ويعتبـر في التغيير الموجب للـفوات أن يكون ذلك التغييـر مفيتًا للمـقصود، ولا شك أن التغييـر على هذا الوجه مفيت، ومفهومـه: أن العيب الذي لا يفيت الغرض ليس

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٣٤).

فوت، وظاهر النقول خـلافه؛ ففي «المدونة»[١]: ومن اشترى أمة بيعًـا فاسدًا فولدت عنده ثم مات الولد فذلك فوت.

وقال اللخمي: تغيير المبيع في نفسه بزيادة أو نقص مفيت وأطلق.

وقوله: **(فَتَفُوتُ الدَّارُ بِالْهَدْمِ)** قال في «البيان»[٢] في باب جامع البيوع: إن الحائط في البيع الفاسد لا يفوت بالبناء اليسير.

قال في «العتـبية»[٣]: ويكون على رب الحائط إذا رد إليه مـا أنفق في بنيان جدار أو حفر بئر، وقيل: قيمة ما أنفق.

والأَرْضُ بِالْغَرْسِ وقَلْعِهِ

قال في «الجـواهر»[٤]: وكذلك حفر الآبار وشق العـيون، ولا شك أن هذا مفيت، وقسمها أصبغ في «العتبية»[٥] على ثلاثة أقسام: فقال فيمن اشترى أرضًا بيضاء شراء فاسدًا فقبـضها فغـرس حولها شجـرًا حتى أحاط بالأرض وعظمت في ذلك المئونة وبقـي أكثرها بياضًا: أنه فوت لجـميعها، وإن كان إنما غرس ناحيـة من الأرض فاتت تلك الناحية، وإن كان إنما غرس يسيرًا لا بال له رد جميعها وكان على البائع للغارس قيمة غرسه.

ابن محرز والمازري: والصواب أن يكون له قيمتها قائمة؛ لأنه غرسها بشبهة.

وخرج بعضـهم قولاً بأنه يأخذ ما أنفق، وجـعل في «البيان»[٦] الناحـية التي تفـوت بالغرس أن تكون قيمتها ثلث المجموع أو ربعه.

وعلى هذا فيكون اليسير الذي لا يفوت به ما دون الربع يسقط.

ونقل في «البيان» قولاً آخر في الغرس في النـاحية: أن البيع يفسخ في الأرض كلها، فيبطل عن المبتاع جميع الثمن إن كان لم يدفعه، ويرد إليه جميعه إن كان دفعه، وعليه قيمة الناحية التي فوت بالغرس بالغة ما بلغت.

---

(١) «المدونة» (٣/ ١٨٧).

(٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ٥٩).

(٣) «البيان والتحصيل» (٨/ ٥٩).

(٤) «الجواهر» (٢/ ٤٣٥).

(٥) «البيان والتحصيل» (٨/ ٥٩).

(٦) «البيان والتحصيل» (٨/ ٥٩).

وهذا القول قائم من «الدمياطية» لابن القاسم، واحترز بالغرس من الزرع فلا يكون فوتًا، قاله ابن القاسم.

قال ابن المواز: فإن فسخ في إبان الزراعة لم يقلع عليه كراء المثل، وإن فسخ بعد الإبان فلا كراء عليه.

فَلَوْ بَاعَهُ قَبْلَ قَبْضِهِ فَقَوْلانِ

أي: فلو باع المشتري المبيع بيعًا فاسدًا بيعًا صحيحًا؛ فإن كان البيع بعد قبض المبيع فات، وإن كان قبله فهل يفوت؟ قولان لمالك في «الموازية».

عياض: واختلفوا في حمل «المدونة» عليها، ولا يختلفون أنه لو علم بالفساد ثم باعها قصدًا للتفويت أن بيعه غير ماض.

وقوله: (**بَاعه**) ثانيًا أي: بيعًا صحيحًا، وأما الفاسد فلا أثر له.

ابن عبد السلام: وما قاله عياض إنما يتم إذا كان المشتري منه واطأه على قصد التفويت، وأما إن لم يقصده فلا يبعد أن يختلف فيه على أن بعضهم أشار إلى وجود الخلاف فيه نصًا، ووقع في الرواية: أن المشتري إذا قصد إلى تفويته بالبيع من غيره؛ فإنه لا يفوت بذلك إلا بالعتق. انتهى.

وفي اللخمي: البيع الصحيح يفيت البيع الفاسد وإن قصد بذلك التفويت.

فانظره مع كلام عياض.

وتَغَيُّرُ السُّوقِ يَعْمَلُ فِي الْحَيَوَانِ والْعُرُوضِ دُونَ الْعَقَارِ، وذَوَاتِ الأَمْثَالِ مِنَ الْمَكِيلِ والْمَوْزُونِ مِنَ الْمَعْدُودِ، وقِيلَ: فِي الأَرْبَعَةِ كَغَيْرِهِ...

يعني: أن تغير السوق بزيادة أو غيره أو نقص يعمل، أي: يفيت الحيوان والعروض باتفاق، ولا يعمل في العقار وذوات الأمثال على المشهور.

وقال ابن وهب: يعمل أيضًا فيهما، وإليه أشار بقوله: وقيل في الأربعة كغيره؛ لأنه أراد بالأربعة العقار، وثلاثة أنواع: المثلي المكيل، والموزون، والمعدود.

وفرق للمشهور بأن غالب شراء العقار للغنية؛ فلا يطلب فيه كثرة الثمن وقلته بخلاف غيره، وبأن الأصل في ذوات الأمثال القضاء بالمثل والقيمة كالفرع؛ فلا يعدل إليها مع إمكان الأصل.

وفِي بَيْعِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ قَوْلانِ

أي: وفي بيع المذكور وهو العقـار وذوات الأمثال، وهما القولان المتقـدمان، وكرره؛ لأنه لما لم يعمل فـيها تغـيير السوق فـلا يتوهم لأجل ذلك لا ملك يعـمل فيه تغيـر؛ فلا يخاف أن يتـهم أنه يعمل فيـها غيـره من المفوتات، على أن الظاهر أن مراده بهـذا خلاف الأول، ويتضح لك ذلك بما قـاله في «الجواهر»، فلو باع ما اشـتراه شراء فاسـدًا فقد رأى المتأخرون في نفـوذ البيع له وهو في يد بائعه قولين، قالوا: وكـذلك عكسه؛ وهو أن يبيع البائع ما باعه بيعًا فاسدًا بعد قبض من اشتراه الشراء الفاسد.

وجعلوا سبب الخلاف كون البيع الفاسد هل ينقل شبهة الملك أم لا؟ انتهى.

فيحمل كلامه في هذا الفرع على الفرع الثاني الذي في ابن شاس[١]، وقد حكى ابن بشير هذا الخلاف أيضًا.

وفِي طُولِ الزَّمَانِ فِي الْحَيَوَانِ قَوْلانِ

أي: وفي مجرد الطول فقط، والقول بأنه يفيت مذهب «المدونة»، والقول الآخر ذكره ابن شاس، وعلى المشهور فذكر فيهـا في العيوب أن مرور الشهر فوت، وذكر في السلم أن الشهرين لا يكون فوتًا.

وحـمله اللخـمي على الخـلاف، ورأى المازري أنه ليس بخـلاف وإنما هو اختـلاف شهادة.

تنبيه: سكت المصنف عن الطول في غير الحيوان، أما العقار، فقال في «البيان»[٢]: واخـتلف قـول ابـن القـاسم في طول الزمـان هل هـو فـوت في الأرضين والدور أم لا؟ والقولان في كتـاب الشفعة من «المدونة» نص في موضع منهـا أن طول الزمان فوت، وفي موضع آخر أن السنتين والثلاث ليس بفوت، فدل أن طول الزمان فوت.

ونص اللخمي والمـازري أن مالكًا وابن القاسم قـالا: لا يفيـتها الطول، قـالا، وقال أصبغ: إلا أن يكون الطول عشرين سنة، فإن هذا لابد أن يدخله التـغيير في بعض الوجوه والبلاد.

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٣٦).

(٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ١٣).

وأشار المازري إلى أن ما ذكر أصبغ لا يخالف فيه؛ والرواية المذكور فيها: أن مجرد الطول لا يفيت؛ إنما أطلقت على أن طول الزمان لم يغير عينها.

وأما العروض ، ففي «المدونة»[1]: لا يفيتها الطول؛ إذ لم تتغير في نفسها ولا حال سوقها، وذكر ابن راشد أن طول الزمان في العروض مفيت، قال: لسرعة التغيير فيها.

ونَقْلُ الْعُرُوضِ والْمثْليِّ مِنْ بَلَدٍ إِلَى بَلَدٍ بتكَلُّفٍ أَوْ إِجارَةٍ، وَوَطْءُ الأَمَةِ كتَغيُّرِ السُّوقِ

أي: فيفيت غير المثلي ولا يفيت المثلي على المشهور، وهذا ظاهر كلامه وفيه نظر؛ لأن الذي نقله المازري وغيره: أن نقل العروض والمثلي مفيت، ولم أر خلافه.

وتقييده بتكلف وإجارة يخرج الحيوان الذي ينتقل بنفسه فلا يكون نقله فوتًا.

قال المتأخرون: إلا في خوف الطريق وأخذ مكترٍ عليه، فذلك فوت لما فيه من الضرر.

ونبه بقوله: (**بتَكَلُّفٍ أَوْ إِجارَةٍ**) على وجه إلحاقه بتغير السوق؛ وهو ما يلحق من زيادة فيها.

وما ذكره المصنف من وطء الأمة هو في «الموازية» لابن القاسم، ووجهه: أن يفتقر إلى إيقافها إلى الاستبراء، ويمنع السيد من التصرف فيها بالبيع والوطء وغيره؛ فيلحق البائع الأول الضرر.

اللخمي: ولم يجعل ابن القاسم الغيبة عليها فوتًا ولا يعلم الوطء إلا بذلك، فإن قال: وطئتها؛ صدق، فإن قال: لم أصبها وصدقه البائع ردت ووقفت للاستبراء، وإن كذبه وكانت من العلي لم ترد، وإن كانت من الوخش فالقول قوله: إنه لم يصب؛ وردت ولم توقف.

ولَوِ ارْتَفَعَ السَّبَبُ قَبْلَ الْحُكْمِ بالْفوَاتِ، فَإِنْ كَانَ بتَغيُّرِ سُوقٍ ثُمَّ عَادَ لَمْ يَرْتَفِعْ، وفي ارْتفَاعِه بالْبَيْعِ ثُمَّ يرْجِعُ، وبِالْعِتْقِ والتَّدْبِيرِ ثُمَّ يَرُدُّهُ الْغَرِيمُ، وبِالإِجَارَةِ والرَّهْنِ والْعَيْبِ ثُمَّ يَزُولُ قَوْلَانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وأَشْهَبَ.

أي: إذا وقع البيع فاسدًا حصل هنالك مفيت من الأنواع المفيتة، ثم ارتفع ذلك المفيت قبل أن يحكم القاضي بعدم الرد، وأما لو حكم لمضى اتفاقًا.

---

(١) «المدونة» (٣/ ١٨٥).

فإن كان المفيت تغير سوق ثم زال، فإنه يقدر كـأن التغيير حاصل، وإليه أشار بقوله: **(لَـمْ يَرْتَـفِـعْ)** إلى الفوات، وإن كان غـيره ـ كما ذكر المصنف ـ فـقال ابن القاسم: يرتفع الفوات ويكون له الرد، وقال أشهب: لا يرتفع كحوالة الأسواق.

وفرق لابن القاسم بوجوه:

أولهـا: أن السوق الثانية غير الأولى بخلاف البيع؛ فإن البيع إذا رجع فهو الأول بعينه قطعًا.

ورده المازري بأن المعتبر وقوع السبب وهو البـيع لا السوق، فلا فرق بين سوق تغيرت ثم عادت، أو سلعة بيعت ثم عادت.

ثانيها لأبي عمران: أن حوالة الأسواق تغير في عين السلعة؛ لأن المقصود ثمنها.

وأما خـروج السلعة من يد المشتـري فليس بتغيـر؛ وإنما هو لأجل أن يد المشتري فـيه حائلة؛ فإذا زالت انتقض.

المازري: وهو قريب من الأول.

ثالثـها: لصـاحب «النكت»[1] وابن يونس: بأن تغير السوق ليس من سـببه فلا يتهم بخلاف غيره.

ورده المازري: بأنه فرض المسألة في «المدونة» فيما إذا عادت بميراث، ولا تهمة فيه مع أنه ساوى بينه وبين ما إذا عادت بشراء.

وتَلَفُ الْمَبِيعِ الْبَتُّ بِسَمَاوِيٍّ وَقْتَ ضَمَانِ الْبَائِعِ يَفْسَخُ الْعَقْدَ

لما تكلم على الـضمـان في الصـحـيح والفـاسد تكلـم فيـمـا يتـعلق به من تلف أو استحقاق، أي: من اشترى شيـئًا فهلك بسماوي؛ أي تلف بأمر من الله لا صنع لآدمي فيه وقت ضمانـه من بائعه؛ فإن البيع ينفـسخ وإلا لم يكن لضمانه فائدة، واحـترز بالبت من الخيار، وسيأتي.

ودخل في قوله: **(وَقْتَ ضَمَانِ الْبَائِعِ)** المحتبسة للثمن، والإشهاد، والبيع المحتاج إلى توفية، والثمار المشتراة بعد بدو صلاحها.

---

(١) «النكت والفروق» (٢/ ٤٠).

ولا يقال: يرد عليه تلف المبيع بخـرجه؛ لأن البيع في السلم ليس هذا هو ؛ وإنما هو الضمان في الذمة.

وَتَعْيِيبُهُ يُثْبِتُ الْخِيَارَ

يصح أن يقرأ بالغين المعـجمة؛ أي: إذا غـيبه البائع، وقـال: هلك؛ يثبت للمشـتري الخيار في فسخ البيع عن نفسه؛ لأنه لم يتمكن من المبيع.

والفرض أن ضـمانه من بائعه وفي التمـاسك به، ويطلب البائع بمثله إن كان مـثليا أو قيمته، وذلك بعد يمين البائع أنه هلك، وهذا هو الذي ذكره ابن عبد السلام.

ويحتمل أن يقرأ بالعين المهملة وهو ظـاهر، وهو الذي قاله ابن راشد وغيره ممن تكلم على هذا الموضع، والمعنيان صحيحان.

وَتَلَفُ بَعْضِهِ أَوِ اسْتِحْقَاقُهُ كَرَدِّهِ بِعَيْبٍ، إِلاَ أَنَّهُ لاَ يَلْزَمُهُ بَاقِي جُلِّهِ بِحِصَّتِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ لِلْجَهْلِ بالثَّمَنِ.

أي: وتلف بعض المبيع واسـتحقاقـه؛ يريد: والبعض المستحق مـعين؛ لأن الشائع له حكم سيـأتي، كرد البيع بعيب فـينظر في الباقي بعد التلف والاسـتحقاق؛ فـإن كان وجه الصفقة ـ أي: أكثر من النصف ـ لزمه الباقي بنسبته من الثمن، وإن كان التالف أو المستحق هو الجل، فـقال المصنف: لا يلزمـه باقي جلِّه على المشـهور؛ أي: لا يجـوز له التمـسك بالباقي خلافًا لابن حبيب.

هكذا الخلاف لا مـا هو ظاهر كلام المصنف، ولهـذا اعترض عليـه ابن راشد، ولعل المصنف اكتفى بقوله: (**لِلْجَهْلِ بالثَّمَنِ**) لأنها علة تقتضي المنع ، فرأى في المشهور أن البيع قد انحل بتلف جله أو استحقاقه؛ فتمسك المشتري بباقيه كإنشاء عقدة بثمن مجهول؛ إذ لا تعلم نسبـة الجزء الباقي إلا بعد تقويم أجـزاء المبيع على الانفراد ونسبـة كل واحد من تلك الأجزاء المعينة من مجموع الصفقة.

ورأى ابن حبيب أن هذه جهالة طرأت بعد تمام العقد فصارت بمنزلة الجهالة الطارئة إذا اطلع على عيب بالمبيع، وبناه على أحد قولي ابن القاسم فـي جواز جمع الرجلين سلعتهما في البيع.

والذي علل به ابن حبيب هو الأول؛ وقال: يجوز له أن يتـمسك بباقِي الصفقة؛ لأنه

بيع قديم، ثم قال: بخلاف من باع عبدًا أو جارية ـ وهـي الصفقة ـ فهلكت في المواضعة؛ فلا يجوز التمسك بالعبد؛ لأنه بيع لم يتم.

بِخِلاف الْمِثْلِيِّ فِيهِمَا، فَإِنَّهُ يَلْزَمُ بِحِصَّتِهِ إِلا أَنْ يَكُونَ جُلَّهُ فَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ

أي: في التلف والاستـحقاق، فإنه إن كان التـالف أو المستحق نصف الصفـقة فأقل؛ لزمه الباقي بما يخصه من الثمن.

ولا مخالفة للمثلي في هذا الوجه للمقوم، وإنما يخالفه في قوله: (**إِلا أَنْ يَكُونَ جُـلَّهُ فَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ**) أي: في التمسك بالباقي بحصتـه، أو فسخ العقد عن نفسه ولا يكون كالمقوم.

والفرق بينهما: أن ما ينوب المثلي من الثمن معلوم بخلاف المقوم.

واعترضه ابن عبد السلام بأن كلامه يقتضي أن لا خيار له في المثلي باستحقاق النصف وليس كذلك؛ بل قال ابن القاسم: يخيره في الثلث فأكثر.

وأشهب: لا يخيره فيه ولا في الجل؛ فإنه لا يرى الخيار في المثلي بالجل ولا ما دونه، ويلزمه الباقي بما ينوبه من الثمن.

خليل: وقيل: إنما يخير في الطعام بالنصف.

وفي ابن يونس: يخيـر فيه بالربع، فقـال: جعلوه مخيـرًا إذا وجد ربع الطعام معـيبًا كالكثير من العروض، فإذا وجد ربع الطعام معيبًا، لم يكن للمبتاع رد المعيب وأخذ السالم إلا برضا البائع؛ لكمال حاجة الناس إلى الطعام فجعل له مزية، كما ضمنه الحمالون ونهى عن بيعه قبل قبضه، بخلاف العروض.

وفي «البيان»: وجود العيب بالطعام على خمسة أوجه:

أحدها: أن يكون العيب مما لا ينفك عنه الطعام كقيعان الأهراء.

الثاني: أن يكون العيب مما ينفك عنه إلا أنه يسير لا خطب له.

الثالث: أن يكون ذلك كالربع والخمس.

الرابع: أن يكون ذلك كالثلث والنصف.

الخامس: أن يكون أكثر من النصف.

فأما إن كان العيب مما لا ينفك عنه كقيعان الأهراء، فإنه يلزم المشتري ولا يوضع عنه لذلك شيء من الثمن، وإن كان مما لا ينفك عنه إلا أنه يسير لا خطب له، فإن أراد البائع أن يلزم المشتري السالم بحصته من الثمن فذلك له بلا خلاف.

وإن أراد المشتري أن يلتزم السالم بحصته من الثمن فليس له ذلك على ما في «المدونة»، وكذلك على رواية يحيى عن ابن القاسم، وأما إن كان ذلك كالربع والخمس، فإن أراد البائع أن يلزم المشتري السالم بحصته من الثمن فذلك له بلا خلاف.

وإن أراد المشتري أن يلتزم السالم بحصته من الثمن فليس له ذلك.

وأما إن كان ذلك والنصف، فإن أراد البائع أن يلزم المشتري ذلك بحصته من الثمن؛ فليس له ذلك على قول ابن القاسم وروايته عن مالك، وله ذلك على قول أشهب واختاره سحنون، وإن أراد المشتري أن يلتزم السالم بحصته من الثمن فليس له ذلك بلا خلاف.

وأما إن كان ذلك أكثر من النصف؛ فليس للبائع أن يلزمه للمشتري السالم بحصته من الثمن، ولا للمشتري أن يلتزمه إلا برضاهما.

انظر ما حكاه في الربع من الاتفاق على أن للبائع أن يلزم المشتري السالم بحصته؛ فإنه خلاف ما حكاه ابن يونس، وقاله أبو الحسن.

خليل: وروى ابن يونس قوله في «المدونة»[1] في باب القسم: ومن اشترى مائة إردب قمحًا فاستحق منها خمسون خير المبتاع بين أخذ ما بقي بحصته من الثمن أو رده، فإن أصاب بخمسين إردبًا منها عيبًا أو بثلث الطعام أو بربعه؛ فإن له أخذ الجميع أو رده.

فائدة: لهم ثلاث مسائل:

مسألة: لا يجوز التمسك فيها بباقي الجل؛ وهي المسألة التي خالف فيها ابن حبيب.

ومسألة: يلزم التمسك فيها بباقي الجل؛ وهي ما في الجائحة.

ومسألة: يخير فيها، وهي باقي العيب.

وَالْجُزْءُ الْمُشَاعُ يُسْتَحَقُّ فَإِنَّهُ يُخَيَّرُ مُطْلَقًا

يعني: وأما إذا استحق جزء شائع فإنه يخير مطلقًا، سواء كان الجزء يسيرًا أو كثيرًا؛ لضرر الشركة.

---

(١) «المدونة» (٤/ ٣٠١).

وكُلُّ ثَوْبٍ ونَحْوُهُ بدِرْهَمٍ لَغْوٌ؛ فَالْقِيمَةُ

أي: لو وقع العقد على سلع متعددة وسميـا لكل سلعة جزءًا من الثمن؛ كمن اشترى ثمانية أثواب بثمانيـة دنانير وسميا لكل ثوب ديناراً ثم استحق واحد منهما؛ فـالتسمية لغو ولابد من الرجوع إلى القيمة؛ لأنه قد يكون أحدهما أردأ.

وقـسم في «البيـان»[1] في الأكرية هذه المسائل على ثلاثة أقسـام، فقال: إن خالفت التسمية القيـمة وشرط الرجوع بها لا بالقيمة عند الاستحـقاق ونحوه؛ فلا خلاف أن البيع فاسد، وإن شرطا الرجوع إلى القيمـة فلا خلاف أن البيع جائز، وإن دخلا على السكوت؛ فقال ابن القاسم ورواه عن مالك: التسمية لغو والبيع صحيح.

وقاله سحنون، وأصبغ، وروى ابن القاسم أيضًا: أن مراعاة التسمية فاسد.

وإِتْلافُ الْمُشْتَرِي قَبْضٌ

هذا قسيم ما تلف بسـماوي؛ أي: إذا أتلف المشتري ما اشتـراه وهو في ضمان البائع فهو كقبضه له فيلزمه الثمن.

وحكى ابن عبـد السلام الاتفـاق على ذلك؛ سواء علم أنه المبيع أم لا، سـلطه البائع عليه أو لا.

وإِتْلَافُ الْبَائِعِ والأَجْنَبِيِّ يُوجِبُ الْغُرْمَ

أي: من باع سلعة ثم أتلفـها هو أو أجنبي قبل قبض المشتـري لها؛ فإن ذلك الإتلاف يوجب الغرم، ولم يبين المصنف ما يغـرم، وصرح في «الجواهر»[2]: يغرم القيـمة في حق البائع والأجنبي.

وفي «اللخمي» في كتاب العيوب تفصيل، فقال: إن هلكت خطأ فسخ البيع ولا شيء للمشتـري ولو كانت القيمة أكـثر من الثمن، وإن هلكت عمـدًا أو كانت القيمة أكـثر غرم البائع فضل القيمة عن الثمن.

فإن اختلف الثمن والقيمة في الجنس كان المشـتري بالخيار بين أن يفسخ البيع عن نفسه أو يدع الثمن الذي اشترى به ويرجع بالقيمة.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٩/ ١٩).

(٢) «الجواهر» (٢/ ٥٠٥).

وعلى القول بأن المصيبة من المشتري يكـون العمد والخطأ سواء؛ وعلى المشتري الثمن وله القيمة، فـمن كان له فضل أخذه، قال: وإن أهلكه أجنبي خطأ أو عمدًا فـعليه الأكثر من القيمة أو الثمن؛ لأنه أبطل على البائع الثمن الذي له في ذمة المشتري، هذا على القول بأن الضمان من البائع، وعلى القول الآخر تكون القيـمة للمشتري على الجاني وعليه الثمن للبائع.

خليل: وهذا إنما هو في المحتبسة.

وكَذَلِكَ تَعْيِيبُهُ

أي: تعييب المبيع كإتلافه؛ فيفصل فيه بين البائع والمشتري والأجنبي كما تقدم.

وإِتْلافُ الْمُشْتَرِي والأَجْنَبِيِّ الطَّعَامَ الْمَجْهُولَ كَيْلُهُ يُوجِبُ الْقِيمَةَ لاَ الْمِثل

أي: من اشترى طعامًا على الكيل فأتلفه المشتري أو الأجنبي قبل معرفة كيله فالواجب فيه القيمة، وتبع في هذا ابن بشير.

وفصل المازري فجعل هذا في الأجنبي فقط، وأما المشتري، فقالوا: يعد بإتلافه قابضًا لما يتحرى فيه من المكيلة.

وفي «المدونة»: وإن ابتعتها على كيل، كلُّ قـفيز بكذا فهلكت قبل الكيل بأمر من الله تعالى؛ كانت من البـائع وانتقض البيع، وإن هلكت بتعـدي البائع أو أفاتها ببـيع فعليه أن يأتي بمثلها تحـريًا يوفيها على الكيـل، ولا خيار لك في أخذ ثمنه أو الطعـام، ولو أهلكها أجنبي غرم مكيلتها إن عرفت وقبضت على ما اشتريت؛ وإن لم يعرف كيلها أغرمناه للبائع قيمتها عينًا، ثم ابتعنا بالقيمة طعامًا مثله ووفيناكه على الكيل.

قيل: وإنما ألزم البائع مثلها تحريا والأجنبـي قيمتها؛ لأنه لو ألزم الأجنبي المثل لما أمن من التفاضل بين الطعامين.

وقيل: لأن الغالب في البائع علم المكيلة؛ فلو التزم القيمة لكان البائع قد يربح.

ابن يونس: قال بعض أصحابنـا: فإذا غرم الأجنبي تلك الصبرة فاشتـرى مثلها؛ فإن فضلت فضلة لرخص حدث فالفضلة للبائع؛ لأن القيمة له إن غرمت، ألا ترى أن المتعدي لو أعدم أو ذهب فلم يوجد كانت المصيبة من البـائع، فلما كان عليه التوابع كان له النماء. والمشتري إذا أخذ مـثل صبرته التي اشترى لم يظلم، وإن لم توجد بالقيـمة إلا أقل كان ما

نقص كالاستحقاق، فإن كان كثيرًا فللمشتري فسخ البيع، وإن كان يسيرًا أسقط عنه حصته.

ابن أبي زمنين: والذي يدل عليه لفظ الكتاب أن البائع هو الذي تولى الشراء بالقيمة، وقيل: إن المتولي هو الأجنبي المتعدي، وحكى ابن بشير أنه على المشتري.

قوله: **(لا المِثْل)** أي: ليس عليهما غرم المثل؛ إذ الجزاف مقوم لا خصوصية للطعام، بل كذلك كل جزاف بيع على المكيل.

ولاَ يَنْفَسِخُ علَى الأَصَحِّ

ظاهر كلامه أن القولين في الصورتين، أي: سواء كان التلف من المشتري أو الأجنبي؛ والخلاف إنما هو في الأجنبي، ففي «المدونة»: يفسخ كما تقدم، وقال أشهب: لا ينفسخ.

وأما إن كان المشتري هو المتلف فقد يحمله على إتلافها قبل الكيل استغلاؤها فيستهلكها لتلزمه القيمة ويسقط عنه الثمن، فلا يمكن من الفسخ لذلك.

والضَّمَانُ في الْخيَار منَ الْبَائعِ فيمَا لا يُغَابُ علَيْه، وَمِنَ الْمُشْتِري إِذَا كَانَ بِيَدِه مَا يُغَابُ عَلَيْهِ ويُصَدَّقُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِه مَا لَمْ يَظْهَرْ كذِبُهُ ...

قد تقدمت هذه المسألة مع نظائرها؛ أي: سواء كان الخيار لهما، أو لأحدهما، أو لأجنبي. هذا راجع إلى قوله: (وتلف المبيع البت بسماوي).

قوله: **(ويُصَدَّقُ الْمُشْتَرِي)** أي: فيما لا يغاب عليه إذا ادعى هلاكه مع يمينه.

واختلف هل يحلف المتهم وغيره، أو المتهم فقط ما لم يظهر كذبه؛ كدعواه موت العبد والدابة في حاضرة وله جيران لا يعلمون ذلك؛ فإنه لا يصدق ولا يحلف؛ لأنَّا إنما نحلفه إذا لم يضمن.

إلا أَنْ يَقْبضَ الْمُشْتَرِي مَا يُغَابُ عَلَيْه إلا أَنْ تَقُومَ لَهُ بيِّنَةٌ

الاستثناء الأول منفصل؛ لأن ما تقدم فيما لا يغاب عليه، وهو مخالف لما يغاب عليه، ويحتمل الاتصال؛ لأن قوله: **(ويُصَدَّقُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمينه)** عام أخرج منه ما يغاب عليه؛ أي: أن المشتري يصدق مع يمينه إلا في قبض ما يغاب عليه؛ فلا يصدق فيه مع يمينه، وهذا هو المشهور.

وقال ابن نافع: إذا كان الخيار للبائع فضمان المبيع منه مطلقًا.

وفي المازري: إذا كانت في يدي البائع فضمانها منه مطلقًا كان الخيار له أو للمشتري أو لهما معًا، وإن كانت بيد المبتاع والخيار له؛ فإن المذهب: يضمن ما يغاب عليه إلا ببينة.

ابن راشد: إن كانت في يده والخيار للبائع؛ فالمشهور أن المبتاع ضامن.

وذهب ابن كنانة إلى أن الضمان هنا من البائع أشهر، ونقل اللخمي عنه أن الضمان من مشترط الخيار.

وأما الاستثناء الثاني وهو قوله: **(إِلا أَنْ تَقُومَ لَهُ بَيِّنَةٌ)** فمتصل بلا شك؛ أي: أنه لا يصدق إلا إذا قامت له بينة.

ابن عبد السلام: انظر هل يدخل خلاف أشهب المذكور الذي في الرهن والعارية وأنه لا يبرأ وإن قامت بينة؟

خليل: أشار اللخمي وابن راشد وغيرهما إلى تخريج قوله هنا.

فَإِذَا غَابَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي والْخِيَارُ لِلْبَائِعِ؛ ضَمِنَ الأَكْثَرَ، إِلا أَنْ يَحْلِفَ فَيَضْمَنَ الثَّمَنَ، وقَالَ أَشْهَبُ: الأَكْثَرَ...

فإن غاب المشتري على ألا يغاب عليه والخيار للبائع، فقال ابن القاسم: يضمن المشتري الأكثر من الثمن والقيمة؛ لأنه إن كان الثمن أكثر مضى البيع، وإن كانت القيمة أكثر رد، إلا أن يحلف المشتري أنه لم يتلف المبيع ولقد هلك بغير سببه؛ فيلزمه الثمن. وقال أشهب: يضمن الأكثر مطلقًا، ولم يقبل اليمين وهو الأظهر.

وإِنْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي ضَمِنَ الثَّمَنَ، وقَالَ أَشْهَبُ: الأَقَلَّ ويَحْلِفُ.

أي: فإن كان الخيار للمشتري والمسألة بحالها، فقال ابن القاسم: يضمن المشتري الثمن؛ لأنه يعد راضيًا بتعييب المبيع.

وقال أشهب: هذا إذا كان الثمن أقل، وإن كان أكثر ولم يحلف على ضياع المبيع فكذلك، وإن حلف على ضياعه وأنه لم يرض بالشراء فليس عليه إلا القيمة.

تنبيه: وقع في بعض النسخ: أو الأقل بإثبات أو وليست بجيدة؛ لأن الأقل هو الأقل من الثمن أو القيمة، وكيف يعطف الأقل على الثمن.

وإذَا غَـابَ عَلَيْـهِ الْبَائِـعُ والْخِيَـارُ لِلْمُـشْـتَـرِي ضَمِنَ الثَّـمَنَ. وقَـالَ أَشْـهَبُ: أَوِ الأَقَلَّ ويَحْلِفُ...

أي: إذا لم يقبض المشـتري المبيع وهو مما يغـاب عليه، أو قبـضه ورده للبائع والخيار للمشتري فادعى البائع تلفه؛ فإنه يضمن للمشتري الثمن ويصير كمن استهلك سلعة وقفت على ثمن.

وقال أشهب: إذا حلف البائع أنه لم يتلف المبيع فيضمن الأقل.

هكذا قال المصنف، وصوابه أن يقول، وقال أشهب: الأكثر، وهكذا قال اللخمي.

ابن راشد: هو فـساد في الأصل ووجهـه ظاهر؛ لأنه إذا كان الثمن أكـثر فالبـائع قد أتلف ما يقابله، وإن كانت القيمة أكثر فالبائع يتهم في إتلافها لاسترخاصها.

والْخِيَارُ لِلْبَائِعِ وَاضِحٌ.

أي: إذا صار بيد البائع والخيار له فغاية الأمر أنه تصرف فيه اختيارًا، وذلك رد للبيع.

فَلَو اشْتَرَى أَحَدَ ثَوْبَيْنِ وقَـبَضَهُمَا لِيَخْتَـارَ أَحَدَهُمَا والْخِيَارُ لَهُ: فَأَحَـدُهُمَا مَبِيعٌ وَهُوَ فِي الآخَرِ أَمِينٌ، وقِيلَ: إلا أَنْ يَكُونَ سَأَلَ فِي إِقْبَاضِهِمَا، وقالَ أَشْهَبُ: لَيْسَ بِأَمِينٍ...

أي: إذا اشترى ثوبًا من ثوبين وقبضهما ليـختار واحدًا منهما إن شاء، وإن شاء ردهما فليس له أن يتمـسك إلا بواحد منهمـا، فيضمن أحـدهما بالاتفاق؛ لأنه بيع على خـيار، واختلف في الآخر على ثلاثة أقوال؛ مذهب ابن القـاسم وهو المشهور: أنه فيه أمين؛ لأنه مقبوض على أن يرد على صاحبه.

والثاني له أيضًا في «الموازية» : وإن لم يسأل في الإقـباض فكالأول، وإن سأل البائع ضمنهما، واختار محمد الأول.

والثالث لأشـهب في «الموازية»، وقال: ضامن لهـما؛ لأن كل واحد منهـما يمكن أن يكون مبيعًا.

فَإِن ادَّعَى ضَـيَاعَـهُمَـا؛ فَعَلَى الْمُـشْتَرِي ضَـمَانُ وَاحِـدٍ بالثَّمَنِ لا غَـيْرُ، وقَـالَ أَشْهَبُ: يَضْمَنُهُمَا، أَحَدُهُمَا بالثَّمَنِ أَوِ الأَقَلِّ، والآخَرُ بِالْقِيمَةِ...

هذا تفريع الأقـوال، وبدأ بالتفريع على الأول لأنه المشـهور؛ أي: فعليـه أن يضمن

واحدًا بالثمن كما تقدم، ولا ضمان عليه في الثاني لأمانته فيه.

وعلى قول أشهب يضمنهــما أحدهما بالقيمة لكونه غير مــبيع، ويضمن الآخر بالأقل من الثمن أو القيــمة؛ لأنه إذا كان الخيــار له قادر على أن يلزمه بالثمن أو يريده؛ فــيضمنه بالقيمة بعد حلفه.

وقــوله: (**بالثَّـمَنِ أَوِ الأَقَلِّ**) يريد بالثمن إن كان أقل، أو بالقــيمة إن كانت أقل، ولو أسقط بالثمن واكتفى بالأقل لكان أحسن.

ولم يفرع المصنـف على القول بالتفـرقة لوضوحــه؛ لأنه إن سأل فكقــول أشهب وإلا فكالمشهور.

وإِذَا ادَّعَى ضَيَاعَ أَحَدِهِمَـا؛ فَعَلَى الْمَشْهُورِ: يَضْمَنُ نِصْفَ ثَمَنِ التَّالِف، ولَهُ أَنْ يَخْتَارَ كُلَّ الْبَاقِي، وقَالَ مُحَمَّدٌ: لاَ يَخْتَارُ إلا نِصْفَهُ، وعَلَى قَوْلِ أَشْهَبَ: إِنْ أَخَذَ الْبَاقِيَ أَخَذَهُ بالثَّمَنِ والتَّالِفَ بالْقِيمَةِ، وإِنْ رَدَّهُ فَعَلَيْهِ لِلتَّالِفِ الأَقَلُّ مِنَ الثَّمَنِ أَوِ الْقِيمَةِ...

أي: فإذا كانت المسألة بحالها ولكن ادعى المشتري ضيــاع أحدهما لا جميعهما، فعلى المشهــور: يكون الضيــاع نصفه مــبيعًــا ونصفــه الآخر هو فيــه أمين؛ فيلزمه نــصف الثمن الضائع، واتفق ابن القاسم ومــحمد على هذا، ثم اختلفا، فقال ابــن القاسم: له أن يختار جميع الثوب الباقي لضرر الشركة.

وقال ابن المواز: ليس له أن يختار إلا نصف الباقي، إلا أن يرضى البائع.

قال: لأنه لم يبعه ثوبًا ونصفًا وإنما باعه ثوبًا واحدًا.

ونسب المصنف هذا القول لمحمد.

والذي في ابن يونس عن «الموازية»: أن السالم بينهما والعيب بينهما وعليه نصف ثمن كل منهما.

وعلى قول أشهب: إن أخذ البــاقي كان عليه بالثمن، والتالف بالقــيمة؛ لأن البيع لم يتم فيه، وإن رده فعليه التالف بالأقل من الثمن أو القيمة على ما تقدم فوق هذا.

ولَوِ اشْتَرَاهُمَا والْخِيَارُ لَهُ فِيهِمَا أَوْ فِي أَحَدِهِمَا؛ فَكِلاهُمَا مَبِيعٌ

أي: اشترى الثوبين معًا على أنه بالخيار فيهما بين أن يردهما أو يمسكهما معًا، أو اختار

أحدهما دون الآخـر؛ فجميع الثوبين مبيع، فإن ادعى ضياعهمـا والخيار له فيهمـا فيلزمه ثمنهما عند ابن القاسم ويلزمه الأقل عند أشهب، وإن كـان الخيار في أحدهما والثاني لازم وادعى ضياعهما معًا؛ لزمه قيـمتهما عند ابن القاسم وثمن أحدهما، والأقل في الآخر عن أشهب كما تقدم.

واقتصـرنا على هذا القدر في هذه المسألة قصدًا لحل كـلام المصنف، وإلا فالمسألة في كتاب الأصحاب أوسع من هذا.

وإِنْ جَنَى الْبَائِعُ والْخِيَارُ لَهُ عَمْدًا؛ فَرَدٌّ، وقَالَ أَشْهَبُ: كَالْخَطَأَ

يعني: من باع عبدًا أو غيره على خيار فجنى عليه البائع عمدًا ولم تتلفه الجناية، فقال ابن القاسم: ذلك رد للبيع كسائر الأفعال الدالة على الفسخ.

وقال أشهب: لا تكون جنايته عمدًا دليـلاً على الرد؛ لأن البائع إذا كان الخيار له قادر على الرد مع السلامة؛ فرده المبيع بواسطة العيب لا يقدر من عاقل وهو الظاهر.

وهذا المعنى هو الذي أراد المصنف بقوله: (**كَالْخَطَأ**).

وإِنْ تَلِفَت انْفَسَخَ

أي: تلفت السلعة بالجناية انفسخ العقد على القولين؛ لذهاب عين المعقود عليه.

وإِنْ جَنَى الْبَائِعُ خَطَأً؛ فَلِلْمُشْتَرِي خِيَارُ الْعَيْبِ

أي: ولو كانت المسألة بحالها إلا أن جنـاية البائع خطأ؛ فللبائع أن يمضي البيع بحكم خيار التـروي؛ لأن جناية البائع خطأ لا يكون ردا للمبيع؛ لأن الخطأ مناف لقـصد الفسخ، فإن أراد البائع إمضاء البـيع كان للمشتري الخيار بعيب النقيصـة؛ لأن ما حدث من العيوب في زمن الخيار كالعيب القديم.

وإِنْ تَلِفَت انْفَسَخَ

هو ظاهر.

وإِنْ جَنَى الْبَائِعُ والْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي عَمْدًا؛ فَلَهُ أَخْذُ الْجِنَايَةِ أَوِ الرَّدُّ

واعلم أن المصنف ـ رحمه الله ـ تكلم على صور هذه المسـألة كلها؛ وهي ست عشرة مسألة؛ في جناية البائع ثمان، وفي جناية المشـتري ثمان؛ لأنه إذا جنى البائع فإما أن يكون

خطأً، أو عمدًا، والجناية إمـا متلفة، أم لا، فهذه أربع، وكـل من الأربع تارة يكون الخيار للمشتري وتارة يكون للبائع، وكذلك الكلام في جناية المشتري.

ولما تكلم المصنف على الأربع الأول شرع فيمـا بعدها؛ أي: إن جنى البائع على المبيع بالخيار والخيار للمشتري وكانت الجناية عمدًا ولم تتلف المبيع؛ فالمشتري مخير بين أن يختار الإمضاء ويأخذ أرش الجناية أو يرده؛ لأن الخيار بيده.

وقوله: (فَلَهُ أَخْـذُ الْجِنَايَةِ) فيه حذف مضاف؛ أي: فله أخذ أرش الجناية، وهو أعم من أن يكون عيبًا أم لا؛ ولكن فيها أرش مســمى كالموضحة والمنقلة فيأخذه وإن برئت على غير شين.

خـليـل: وفي هذه المسألة نظر، والقـياس أن المشتـري لا يكون له أخذ الأرش؛ لأن البائع إذا جنـى على سلعته؛ إذ بيع الخـيار منحل على المعـروف، وأكثر هذه المـسائل على الاستحسان، والله أعلم.

فَإِنْ تَلِفَ ضَمِنَ الأَكْثَرَ

أي: وإن كانت الصورة بحالها؛ لأن جناية العمـد إن أتلفت المبيع؛ فإن البائع يضمن للمشتري الأكثر من الـثمن أو القيمة، فإن كان الثمن أكثر، فللمشـتري الفسخ عن نفسه، وإن كانت القيمة أكثر؛ فمن حق المشتري أن يجـيز البيع، فيدفع الثمن ويطالب البائع بقيمة المبيع؛ فيقاصان في الثمن ويأخذ الزائد.

وإِنْ جَنَى خَطَأً فَلَهُ أَخْذُهُ نَاقِصًا أَوْ رَدُّهُ.

أي: وإن جنى البائع خطأ والخيار لـلمشتري ولم يتلف المبيع؛ فالمشتـري مخير بين أن يأخذه معيبًا ولا شيء له، أو يرده.

وإِنْ تَلِفَ انْفَسَخَ

تصوره ظاهر.

وإِنْ جَنَى الْمُشْتَرِي والْخِيَارُ لَهُ عَمْدًا، فالْقَوْلانِ فِي أَنَّهُ رِضًا

لما فرغ من صور البائع شرع في صور المشـتري، و«أل» في القولين للعهد، أي: قولي ابن القاسم في الصورة الأولى.

فَإِنْ تَلِفَ ضَمِنَ الثَّمَنَ

وفي بعض النسخ، وقال سحنون: القيمة، أي: فإن جنى المشتري والخيار له عمدًا وتلفت السلعة بجنايته ضمن المشتري الثمن، وهو ظاهر قول ابن القاسم؛ لأن جناية العمد دالة على الرضا، وقول سحنون يجري على أنها لا تدل على الرضا، وسقط قوله في كثير من النسخ.

فَإِنْ جَنَى خَطَأً ؛ فَلَهُ رَدُّهُ ومَا نَقَصَ

أي: فإن جنى المشتري جناية خطأ ولم تتلفه والخيار له؛ فللمشتري رد ذلك المعيب بحكم الخيار؛ لكن بقيمة العيب، وله أن يتمسك به معيبًا ولا شيء عليه؛ لأنه تبين له أنه جنى على ملكه، والقياس أن يغرم للبائع الأرش؛ لأنه في ضمانه.

وإِنْ تَلِفَتْ ضَمِنَ الثَّمَنَ كُلَّهُ، وقَالَ سَحْنُونٌ: الْقِيمَةَ

أي: فإن تلفت السلعة بجناية المشتري خطأ والخيار له؛ ضمن الثمن كله، قاله ابن القاسم في «المدونة»(١).

وقال سحنون: القيمة، فقيل: وفاق، ثم قيل: مراد ابن القاسم بالثمن القيمة.

المازري: وهو خلاف ظاهر اللفظ، وقيل: مراد ابن القاسم إذا ثبت أن المشتري اختار قبل أن يجني.

المازري: وهو تعسف.

وقال ابن محرز: خلاف، والقولان مبنيان على الخلاف فيمن استهلك سلعة وقفت على ثمن، فهل يضمن الثمن الذي وقفت عليه، أو القيمة؟ وأنكر اللخمي بناء الخلاف على هذا؛ لأن ذلك الخلاف إنما هو في سلعة كثر فيها العطاء، وتواطأ جماعة من الناس عليه حتى صار كالحاصل.

وأجاب المازري بأن أصله في تضمين الثمن المسمى كون المشتري يعد بإتلافه السلعة كالمتلف لثمنها، فكان للبائع أن يلزمه إياه فيدخله الخلاف كالسلعة الموقوفة.

---

(١) «المدونة» (٣/ ٢١٦).

وإِنْ جَنَى الْمُشْتَرِي والْخِيَارُ لِلْبَائِعِ عَمْدًا أَوْ خَطَأً؛ فَلَهُ أَخْذُ الْجِنَايَةِ أَوِ الثَّمَنِ، فَإِنْ تَلِفَتْ ضَمِنَ الأَكْثَرَ...

يعني: إذا كانت الجناية من المشتري على المبيع ولم يتلفه، وجمع بين العمد والخطأ لاتحادهما في الحكم، فللبائع أن يرد البيع ويأخذ أرش الجناية من المشتري، وله أن يمضي البيع ويأخذ منه الثمن.

وفي إمضائه البيع نظر؛ لأن الضمان منه فيكون للمشتري خيار العيب.

أما إن تلفت ضمن المشتري للبائع الأكثر من الثمن؛ إذ له أن يمضي البيع أو القيمة؛ إذ له أن يرده.

وإِنْ جَنَى أَجْنَبِيٌّ فَالأَرْشُ لِلْبَائِعِ، وقِيلَ: إِنْ أَمْضَى الْبَيْعَ فَلِلْمُشْتَرِي

لما فرغ من جناية البائع والمشتري شرع في جناية الأجنبي، والمشهور أن الأرش للبائع، سواء كان الخيار له أو للمشتري أو لغيرهما؛ لأن المبيع على ملك بائعه.

وقال ابن حبيب: إن أمضى البيع فللمشتري الأرش، ولعله مبني على أن بيع الخيار منعقد.

وبَيْعُ الْمُشْتَرِي قَبْلَ الْقَبْضِ جَائِزٌ إلا فِي الطَّعَامِ مُطْلَقًا

يصح في المشتري كسر الراء من إضافة المصدر إلى الفاعل ويكون المفعول محذوفًا؛ أي: ما اشتراه.

ويحتمل أن يفتح قوله: **(مُطْلَقًا)** أي: ربويا كان أو غيره؛ لما في «الموطأ» و«البخاري» و«مسلم» عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: «**من اشترى طعامًا فلا يبعه حتى يكتاله**»(١).

وهل المنع من بيع الطعام قبل قبضه تعبد، أو معقول المعنى؟ قولان، وعلى الثاني فقيل: إنما نهى عن ذلك لأن أهل العينة كانوا يتوصلون إلى الفساد ببيع الطعام قبل قبضه، فنهى عن ذلك سدًّا للذريعة للفساد.

وقيل: لأن للشرع غرضًا في ظهوره، فإنا لو جوزنا بيعه قبل قبضه لباعه أهل الأموال

---

(١) أخرجه مالك (١٣٥٥) ومسلم (١٥٢٥).

بعضهم من بـعض من غير ظهور، بخلاف مـا إذا منعنا ذلك؛ فإنه حينئذ ينتـفع به الكيال والحمال، ويظهر للفقراء وتتقوى نفوس الناس به، والله أعلم.

بشَرْط كَوْنه مُعَـاوَضَة فيمَا فيه حَقُّ تَوْفـيَة مِنْ كَيْلٍ أَوْ شبْهه، بخـلاف الْهبَة، والْقَرْضِ، والصَّدَقَة، وكَذَلكَ الْجُزَافُ عَلَى الأَصحِّ.

هذا الشرط راجع إلى المستـثنى ، أي: بشرط كون الطعام وجب عن معـاوضة وكونه فيه حق توفية، فاحترز بمعاوضة من القـرض والهبة والصدقة؛ أي: فإنه يجوز بيعه في هذه الوجوه قبل قبضه.

قال بعض من تكلم على هذا الموضع: وفي اشتراطه المعـاوضة نظر؛ لأن الاستثناء دل على منع بيع الطعام المشترى.

فإما أن يريد بالمعاوضة نفس الشـراء أو أعم؛ فالأول يلزم منه اتحاد الشرط والمشروط، ويلزم عليه أيضًا جواز بيع الطعام إذا لم يكن من شراء، كما لو كان عن منافع، أو نكاح ، أو خلع، أو صداق، أو مثلاً لمتلف ، أو أرش جناية؛ وذلك لا يجوز.

وإما أن يريد ما هو أعم فلا يصح؛ لأن الشرط مقيد لمشروطه فلا يكون أعم.

وهذا إنما يأتي إذا كان كلام المصنـف يشتمل على شرطين، أما إن جـعل شرطًا واحدًا مشتملاً على جزأين فلا.

تنبيه: جعل في «الواضحة» ما يأخذه القضاة والمؤذنون وصاحب السوق من الطعام من باب المعاوضة، فمنع من بيعه قبل قبضه.

وحكى ابن بشير فيما يأخذه المسـتحقون من بيت المال قولين: الجواز، والمنع بناءً على أنه عن فعـل غير مـعين فأشـبه العطيـة، أو مسـتـحق على أمر واجب فـأشبـه المأخوذ في الإجارة.

وأجــاز في «المدونة»[١] بيع ما على المكاتب من الـكتابة بعرض أو عين خاصـة قبل الأجل، فلا يجوز بيع ذلك من الأجنبي حتى يقبضه.

ابن حبيب: إلا أن يكون يسيرًا تافهًا، قاله مالك في «المدونة».

(١) «المدونة» (٣/ ١٣٢).

ولا يجوز أن يبـيع من المكاتب نجمًا قبل قـبضه، وإنما يجـوز أن يبيع جميع مـا عليه ويعجل لحرمة العتق، وقاله سحنون.

وقيل: يجوز وإن لم يتعجل العتق؛ لأن الكتابة ليست بدين ثابت.

واختلف الشيوخ على مذهب ابن القاسم على أن القولين يحمل.

ابن بشير: ولو ثبت الطعام في الذمة عن تعد أو غصب، ففي بيعه قبل قبضه قولان.

واقتـصر في «البـيان»[1] على منح البيع قـبل القبض في أرزاق القضـاة وولاة السوق والمؤذنين والكتاب والأعـوان والجند الذين يرزقون من الأطعـمة، أمـا إن كان الطعام رفـقًا وصلة على غير عمل، أو إن شاء عمل وإن شاء لم يعـمل؛ فيجوز البيع قبل القبض، قاله في «البيان».

قال: ويجوز بيع الأرزاق والعطايا السنة والسنتين إذا كان مـأمونًا، قال: ولا يجوز بيع أصل العطاء؛ لأنه يبطل مئونته، قال ذلك أشهب، وابن وهب، وجماعة من التابعين رضي الله عنهم.

واحترز المصنف بكونه مما فيه حق توفيـة من الجزاف؛ لأنه مقبوض بنفس العقد وليس فيه حق توفية.

وذكر المصنف في الجزاف قولاً بالمنع، وهو مروي عن مالك رواه الوقار.

فوجه الأصح مـا في أبي داود من حديث ابن عمر ـ رضـي الله عنهما ـ: **أنه عليـه الصلاة والسلام نهى أن يبيع أحد طعامًا اشتراه بكيل حتى يستوفيه**[2].

ومفهومه يقتضي جواز الجـزاف؛ لأنه لم يشتر بكيل، ووجه مقابله في مسلم عن ابن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه ﷺ قال: «**من اشترى طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه**»، قال: وكنا نشتري الطعـام من الركبان جزافًـا فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعـه حتى ننقله من مكانه[3]. ولعله أظهر؛ لأنه كالنص في الباب.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٧ / ٣٥٧).

(٢) أخرجه البخاري (٢٠١٧) ومسلم (١٥٢٧) وأبو داود (٣٤٩٥) والنسائي (٤٥٩٥) وابن ماجه (٢٢٢٦) وأحمد (٣٩٦) والبيهقي في «الكبرى» (١٠٤٦٩).

(٣) أخرجه مسلم (١٥٢٧).

فرع:

وعلى المشهور في جواز بيع الجزاف قبل القبض، فاختلف إذا كان ضمان الجزاف من البائع؛ مثل: أن يشتري لبن غنم بأعيانها، فهل يجوز بيعه قبل قبضه نظرًا إلى كونه جزافًا وهو قول أشهب، أو لا نظرًا لكونه في ضمان البائع وهو قول ابن القاسم؟

ووقع لمالك في «العتبية» فيمن اشترى نصف ثمرة بعدما بدا صلاحها؛ فقال: ليس له بيعها حتى يستوفيه.

ابن القاسم: ثم سألناه عنه، فقال: بيعه قبل استيفائه جائز.

ولو باع أشجارًا واستثنى ثمرتها، فهل يمنع من بيع ما استثناه قبل قبضه، أو لا؟ لمالك قولان.

واختار ابن عبد الحكم والأبهري الجواز، ولا ضمان هنا على المشتري، وإنما الخلاف هنا مبني على الخلاف في المستثنى هل هو مشترى، أو مبقي؟

فَمَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا جَازَ لَهُ إِقْرَاضُهُ أَوْ وَفَاؤُهُ عَنْ قَرْضٍ، ومَنِ اقْتَرَضَهُ جَازَ لَهُ بَيْعُهُ منه ومِنْ غَيْرِهِ...

اعلم أن الممتنع من بيع الطعام ما توالى فيه بيعان لا يتخللهما قبض، فلذلك جاز لمن ابتاع طعامًا مكيلاً أن يقرضه أو يوفيه عن دين ترتب عليه، وكذلك جاز لمن اقترضه أن يبيعه قبل قبضه.

ابن عبد السلام: فإن قيل قوله: **(ومَنِ اقْتَرَضَهُ)** تكرار لما قدمه المؤلف من قوله: (بخلاف القرض).

فالجواب: لا؛ لأن الأول محمول على من أقرض طعامًا فله أن يبيعه قبل قبضه، والثاني محمول على من اقترض ـ أي: تسلف ـ فله بيعه قبل قبضه من مسلفه.

ولَيْسَ لِمَنْ صَارَ إِلَيْه مِنْهُمَا بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ

الضمير في (مِنْهُمَا) عائد على المقرض الذي دل عليه إقراضه وعلى المقترض الذي دل عليه وفاؤه؛ أي: من اقترض ممن ابتاع طعامًا ولم يكن المشتري قبضه من بائعه؛ فلا يجوز له بيعه قبل القبض، وكذلك لا يجوز للمقرض البيع قبل القبض إذا أوفاه له المبتاع ولم يكن المبتاع قبضه؛ لأن المقترض في الصورة الأولى والمقرض القابض لدينه في الثانية كما

كان تنزلاً منزلة المشترى.

فكما لا يجوز للمشتري فيهما بيعه قبل القبض، فكذلك هما لأنهما حلا محله.

ويجوز لهـذا المقترض أن يقرضـه لآخر قبل قـبضه كمـا كان ذلك للمشـتري، ويمتنع المقترض من المقرض من بيعه قبل قبضه من بائعه؛ فهذا هو الحكم.

ولو كثـر المسلفون والمستسـلفون، وكذلك من أحاله المشـتري على طعام البـيع بسبب طعام كان عليه من سلف؛ فلا يجوز له أن يبيعه قبل قبضه.

قـال في السلم في «البيـان»[1]: من صار إليـه الطعام بأي وجه كـان؛ من هبة، أو صدقـة، أو قرض، أو اقتـضاء من قرض أو مـيراث يحل مـحل المشتري الذي صـار إليه الطعام؛ فلا يجوز له بيعه قبل استيفائه على معنى ما في «المدونة» وغيرها.

وحكى ابن حبيب في «الواضحة» عن مالك أنه خفف ذلك في الهبة والصدقة، قال: ولا اختلاف أن الوارث يحل محل موروثه في أنه لا يجوز له بيعه قبل قبضه، وكذلك من اقترضه أو اقتضاه من قرض كـان له، قال: ويحتمل أن يدخل ذلك من الاختلاف ما دخل فيمن وهب له أو تصدق به عليه على ما حكاه ابن حبيب عن مالك.

وَقِيلَ: يُمْنَعُ فِي الرِّبَوِيَّاتِ خَاصَّةً. وَقِيلَ: فِيمَا فِيهِ حَقُّ تَوْفِيَةٍ مُطْلَقًا

هذا راجع إلى صدر المسألة؛ يعني: أن المشهور منع بيع الطعام مطلقًا.

وفي المذهب قولان آخران:

أحدهـما رواه ابن وهب: جواز بيع الطعام غير الربوي قبل قبضه؛ لأن المتداول بينهم الربوي فـيخص النهـي عن بيع الطعام، لكـن هذا إنما يجري على التـخـصيص بالعـادة، والصحيح أنه لا يختص به كما تقرر في محله.

والقول بالمنع: في كل ما فيه حق توفية سواء كان طعامًا أم لا؛ لابن حبيب.

وَلا يَقْبِضُ بِنَفْسِهِ إِلا مَنْ يَتَوَلَّى طَرَفَيِ الْعَقْدِ كَالأَبِ فِي وَلَدِهِ، وَالْوَصِيِّ فِي يَتِيمِهِ

فيهما تفسيران:

أولهـمـا: لا يجوز لمن وكل على شراء طعام أو بيعه أن يبيـعه من نفسه ولا أن يقبضه

---

(١) «البيان والتحصيل» (٧/ ٧٣).

لنفسه، ولو أذن له في ذلك الموكل؛ لأنه يقبض لنفسه من نفسه.

قال في «المدونة»[١]: وإن أعطاك بعد الأجل عينًا أو عرضًا، فقال لك: اشتر به طعامًا وكله ثم اقبض حقك لم يجز؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، إلا أن يكون رأس مالك ذهبًا أو ورقًا فيجوز بمعنى الإقالة.

الثـاني وهو الذي قاله ابن عبد السلام: أنه لو كان عنده طعام وديعـة وشبهها فاشتراه من ماله، فـإنه لا يجوز له بيعه بالقـبض السابق على الشراء؛ لأن القـبض السابق لم يكن قبضًا تاما بدليل أن رب الطعام لو أراد إزالته من يده ومنعه من التصرف لكان له ذلك، إلا أن يكون ذلك القـبض قويًـا كمـا في حق الوالد لولديه الصـغيـرين، فـإنه إذا باع طعامًـا لأحدهما من الآخر وتولى البيع والشراء عليهما كان له أن يبيع ذلك الطعام على من اشتراه قبل أن يقبضه قبضًا ثانيًا، وكذلك الوصي في يتيميه.

وتبع المصنف في استـثنائه من يتولى طرفي العقد ابن شـاس ولم أره لأصحابنا، وفي النفس شيء من جواز هذه المسألة، ولاسيـما والصحيح عند أهل المذهب أن النهي عن بيع الطعام قبل قبضه متعبد به.

وأُرْخِصَ فِي الإِقَالَةِ والتَّوْلِيَةِ والشَّرِكَةِ، وقِيلَ: دُونَ الشَّرِكَةِ

وروى سحنون في «المدونة»[٢] عن ابن القاسم عن سليمان بن القاسم عن ربيعة عن ابن المسيب أنه قال: من ابتاع طعامًا فلا يبعه قبل أن يستوفيه، إلا ما كان من شركة أو تولية أو إقـالة، ورواه أبو داود، وقال: هذا قـول أهل المدينة؛ ولأن هذه الثـلاث باب معـروف فكانت كالقرض.

والإقالة: أن يقيل البائع المشتري أو العكس.

والتولية: أن يولي ما اشتراه لآخر.

والشركة: أن يشترك غيره في بعض المبيع.

والقول باستثناء الشركة رواه أبو الفرج عن مالك؛ لأن المعروف إنما يظهر في الجميع، ورأى في المشهور أنها تولية في البعض.

(١) «المدونة» (٣/ ١٣٩).

(٢) «المدونة» (٣/ ١٤٠).

فرع:

وهل أجرة الـكيل في الإقالة والتـولية والشـركة على المقـيل والمولي والمشرك كـما أن العهدة عليه كالبيع، أو لا كالقرض بجـامع المعروف؛ ولأنه لو هلك الطعام المشرك فيه قبل الكيل لكانت مصيبته منهما، وذلك يدل على أنه ليس على الذي أشركه أن يكيله.

ابن يونس: وهو أبين من الأول، والقولان للقرويين.

فَيَـنْزِلُ الْمُشْـتَرِي الثَّـانِي مَنْزِلَةَ الْمُشْـتَرِي الأَوَّلِ بِشَـرْطِ اسْتِـوَاءِ الْعَقْـدَيْنِ فِي الْمِـقْدَارِ والأَجَلِ وغَيْرِهِمَا سلَمًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ...

الثاني: هو المقال والمولى والمشرك منزلة المشتري؛ وهو المقيل والمولي والمشرك.

قـوله: (**بِشَرْطِ اسْتِوَاءِ الْعَـقْدَيْنِ فِي الْمِقْدَارِ**) اعلم أنه إن كان رأس المال عـينًا جازت الإقالة عليه وعلى مثله.

وإن كان عرضًا مقومًا جازت الإقـالة عليه إذا لم يتعين بنفسه ولم تجز على مثله، وإن كان مثليا ، فهل تجوز الإقالة على مثله؟ المشهور: المنع خلافًا لأشهب.

وأما التوليـة والشركة فلا يمكن فـيهما رد عين رأس المال، فإن كـان رأس المال عرضًا منع، ويجوز إذا كان عينًا.

ابن يـونس: وإن كان مكيلاً أو موزونًا فهو كالعين على قول أشهب، وأما ابن القاسم فإنه نص في «الموازية» على أنه لا يجوز التولية على مثله.

اللخمي: وأجازه في «المجموعة» وهو أحسن، وإن كان المثل مما يختلف الأغراض فيه كالنحاس.

قـوله: (**والأَجَـلِ**) لا ينافي المساواة فيه إلا أن يكـون العقد الثاني بإثر الأول، وإلا فالمعتبر بقية الأجل.

وقوله: (**وغَيْرِهِمَا**) أي: من الصفة والكفيل والرهن.

وقوله: (**سَلَمًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ**) نبه به لئلا يتوهم اختصاص التساوي في الأجل بالسلم.

وظاهر قوله: (**نزل الثاني منزلة الأول**) أن عهدة المولي والمشرك على من كانت عهدة المشتري عليه.

ونقل المتيـطي ذلك عن مالك، ونقل في «البـيان»[١] قولاً ثانيًـا: إذا كانت الشـركة والتولية فـي حضرة البيع؛ أنها علـى الذي أشركه أو ولاه، إلا أن يشترط أنهـا على البائع الأول.

وذكـر في جواز اشـتراطهـا على البـائع الأول بعد الافـتراق أو الطول ثلاثة أقـوال: المشهور: المنع، إلا برضاه فيكون من باب الحمالة.

والثاني: الجواز.

والثالث لأصبغ: بجواز اشتراطها على البائع وإن افترقا ما لم يطل.

وكذلك نقل أيضًا فـيمن اشترى شيـئًا ثم باعه، هل يجوز له أن يشتـرط العهدة على البائع الأول طال أو لم يطل، أو لا يجـوز فيهما، أو يجـوز في الحضرة دون الطول؟ ثلاثة أقوال.

فَإِنْ لَمْ يَسْتَوِيَا فَبَيْعٌ كَغَيْرِهِ

أي: فإن لم يستو العـقدان في جميع الشروط بطلت الرخصة ويصيـر بيعًا، إن قبض المشتري ما اشتراه فصحيح، وإن لم يقـبض ففاسد، ونبه على هذا لئلا يتوهم أنه إذا انتفت الإقالة والتولية والشركة المرخص فيها فيبطل العقد.

وإِذَا أَقَلْتَ مِنَ السَّلَمِ تَعَجَّلَ الثَّمَنَ

يحتـمل أيها المشتـري أو أيها البائع عـجل الثمن؛ أي: يجب تعجـيل رأس المال لئلا يؤدي إلى فسخ دين في دين.

مالك: ولا يجوز له أن يفارقه ساعة ولا يفـارقه حتى يقبض من الذي وليته أو أقلته، وكذلك الصرف.

اللخمي: والمعـروف من المذهب أن الإقالة أوسع من الصرف، وأنه تجوز المفـارقة في الإقالة ليـأتي بالثمن من البيت أو مـا قارب ذلك، والتوليـة وبيع الدين أوسع من الإقالة؛ لأنه لا يجوز له تأخير الإقالة اليومين والثلاثة بشرط بغير خلاف.

واختلف هل يجوز مثل ذلك في التولية وبيع الدين؟ انتهى.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٧/ ١٤٠).

بخلاف تأخير رأس المال؛ فإنه يجوز تأخيره اليوم واليومين ولو بالشرط.

والفرق بينهما: أن اللازم في الأول فسخ دين في دين، وفي الثاني ابتداء الدين وهو أخف، فلذلك وسع فيه.

وما ذكره المصنف هو المشهور.

اللخمي: واختلف في الإقالة إذا وقع التراخي فيها بغير شرط على ثلاثة أقوال؛ منعه في «المدونة».

وقال مالك في «الموازية»: بل يتبعه بالدينار ولا يرجع في الطعام.

قيل له: إن المشتري يقول له: إن الإقالة لا تصلح إلا بمناجزة فأنا أرجع في طعامي، قال: ليس له ذلك.

وقال أشهب: إذا كانا من أهل العينة فسخت الإقالة، وإن لم يكونا كذلك ولا عملا عليها رأيت أن يلح عليه حتى يأخذ.

وهو تفسير لقول مالك: إن كانت تهمة فسخت الإقالة، وإن قام دليل على عدم التهمة كان هو موضع الخلاف المتقدم.

ابن محرز: وأضيق الأبواب الصرف، ثم الإقالة في الطعام، ثم التولية فيه، ثم الإقالة في العروض.

وفسخ الدين في الدين، ثم بيع الدين المستقر في الذمة.

وعند ابن المواز: في بيع الدين أنه لا بأس أن يؤخر ثمنه اليوم واليومين كرأس مال السلم، ثم تأخير رأس مال السلم.

باب المرابحة

الْمُرَابَحَةُ: والْبَيْعُ مُرَابَحَةً جَائِزٌ

معناه أن يخير البائع المشتري بما اشترى السلعة به ثم يزيده شيئًا، وهو يحتاج إلى صدق مبين وإلا أكل الحرام فيه بسرعة؛ لكثرة شروطه ونزوع النفس فيه إلى الكذب.

ولهذا قال ابن عبد السلام : كان بعض من لقيناه يكره للعامة الإكثار من بيع المرابحة؛ لكثرة ما يحتاج إليه البائع من البيان.

فَلَوْ قَالَ: بِرِبْحِ الْعَشَرَةِ أَحَدَ عشَرَ؛ فَزِيَادَةُ عُشْرِ الأَصْلِ

مـدلولها عـرفا مـا ذكره المصـنف ؛ وإلا فمدلولهـا لغة : أن يربح لكل عشـرة أحد عشر.

قوله: (**بِرِبْحِ الْعَشَرَةِ**) يحتمل أن يقرأ بالإضافة، ويحتمل أن ينون ويرفع العشرة على أنه مبتدأ وخبره أحد عشر.

والجملة مفسرة لقوله: (**بِرِبْـحِ**) فذكر هنا ألفاظًا اصطلح عليها التجار على كيفية بيع المرابحة.

وبِوَضِيعَةِ الْعَشَرَةِ أَحَدَ عَشَرَ فَيَنْقُصُ جُزْءٌ مِنْ أَحَدَ عَشَرَ مِنَ الأَصْلِ عَلَى الأَصَحِّ

أي: بتصيير الأحد عشر عشرةً؛ أي: بخسران درهم في كل عشرة.

وهذا مما يبين لك عدم صحة هذا الكلام على مدلوله اللغـوي؛ لأن إسقاط أحد عشر من عشرة غير معقول.

والأصح أنه يقسم الثمن الذي اشترى به المشتري على أحـد عشر جزءًا؛ كمائة وعشرة مثلاً فينقص عنه جزء من أحد عشـر، وهي العشرة الزائدة على المائة، ومقابله: يقسم على عشرة أحد عشر جزءًا ويحط جزءًا.

وتبع المصنف في هذين القولين ابن شاس، وعبر عنهما ابن بشير بطريقين، وفي كلامه نظر، ولا ينبغي أن يعـد هذا خلافًا؛ لأنه راجـع إلى الأول بعد طول ولا فرق بينهـما في المعنى.

وإنما قلنا: إن مقابل الأصح ما ذكرنا؛ لأن بناء كتابه في الغالب على متابعة ابن شاس وابن بشير، ولم يذكرا غير ما ذكرناه.

وقد ذكر ابن محرز قولاً يمكن أن يكون مـقابل الأصح، ونصه: فقال عن ابن اللباد، قال لي أحمد بن داود: وإذا باع بوضيـعة العشرة خمسة، فإنه ينظر كم خمـسة من خمسة عشر؛ فيأخـذ الثلث فيوضع عنه من رأس المال ثلثه، وكذلك للعشرة عـشرة تضاف العشرة إلى عشرة، ثم يقـال: كم هي منها، وللعشرة أحد عـشر، فيقال: كم أحد عـشر من أحد

وعشرين.

لكن قوله بعد هذا: (أو العشرة عشرون باتفاق) يرد هذا؛ لأنا إذا ضممنا عشرين إلى عشرة فنسبة العـشرين من المجموع ثلثاها؛ فيحط عنه من كل عشـرة ثلثاها، وتصور كلامه ظاهر.

فَمَا لَهُ عَيْنٌ قَائِمَةٌ مِنْ أُجْرَةِ طِرْزٍ وصِبْغٍ وقِصَارَةٍ وخِيَاطَةٍ بحَسَبِ ثَمَنِه ورِبْحِه

ألحق في «المدونة» بهـذه الأربعـة الكمْـدَ، وزاد صـاحب «النكت»[1] وصـاحب «المقدمات»[2] الفتل، وزاد المتيطي التطرية.

ومَا يَزِيدُ فِي الثَّمَنِ مِنْ حُمُولَةٍ وإِنْفَاقٍ يُحْسَبُ ثَمَنُهُ لا رِبْحُهُ

قوله: (مِنْ حُمُولَةٍ) قيده اللخمي بأن يكون في البلد المنقول إليه أغلى، وأما إن كان سعرهما سواء فلا يحسبه، ولو كان أرخص لم يبع حتى يبين، وإن أسقط الكراء.

واستحـسن المازري كلامه إذا حمل البائع المبتـاع إلى ذلك البلد وهو عالم أنه لا يربح فيه.

قوله: (وإِنْفَاقٍ) أي: على الرقيق ونحوه.

وقيده اللخمي بألا تكون له غلة؛ فإن كـانت أقل حسب ما بقي، وإن كانت أكثر فله ولا يحسب.

المازري: وإن أنفق على سقي النخل وعـلاجه أو العقار؛ فإن سـاوت الغلة الإنفاق أو زادت فله البيع مرابحة، وإن قصرت الغلة عن النفـقة التي بها حيي النخل حسب ما فضل من النفقة عن الغلة، فـلا ربح كالنفقة على الرقيق، ولا يؤثر في بيع المرابحـة ما اغتله من لبن احتلبه.

فإن قلت: لا إشكال أن البـائع لو بيَّن الحمولة ونحوها واشـترط على ذلك الربح أنه جائز، وإن لم يبين فهو غير جائز، فما صورة هذه المسألة؟

قيل: مـفروضة فيمـا إذا قال البائع: هي علي بكذا رأس؛ مـالها بكذا وصبغـها بكذا وحمولتها بكذا، وباع بـربح العشرة أحد عشر، فإنه حينئذٍ يحـسب الربح كما ذكرنا أن له

(١) «النكت والفروق» (٢/ ٤٥).

(٢) «المقدمات» (٢/ ١٢٦).

الربح ولا يحسب الحمولة ونحوها.

المازري: ويستعمل في ربح بيع المرابحة أحد أربعة ألفاظ: إما أن يقول: اشتريتها بمائة والربح كذا، أو أربح في كل عشرة كذا، أو يقول: رأس مـالي فيها كذا، أو يقول: قامت عليَّ بكذا وهي بكذا.

فإن كان أنفق فيـها نفقة مما يحسب له فإنه يسقط من هذه العـبارتان الأوليان؛ وهما: اشتريتهـا بكذا، أو رأس مالي فيها كذا؛ لأن هاتين العـبارتين عبارة عما دفع فـيها للبائع، لكنه يقول: هي عليَّ بكذا، أو قامت عليَّ بكذا.

وأما إن كان تولى عملـها بنفسه ـ كالصبغ وغيـره ـ فإنه لا يجوز له أن يعين عن ذلك شيئًا من هذه العبارات؛ لأنه لم يخـرج ثمن ذلك، وغاية ذلك أن يقوم عمله، والبيع على التقويم لا يجوز، والله أعلم.

وإلا لَمْ يُحْسَبْ فِيهَا كَالطَّيِّ، والشَّدِّ، وكِرَاءِ الْبَيْتِ

أي: وإن لم يكن مما له عين قائمة، ولا مما له تأثير في الثمـن لم يحسب فيهما؛ أي: لا في الثمن ولا ربحه.

وقـوله: (**كَالطَّـيِّ، والشَّدِّ**) هذا مقيد بما إذا لم يعلم المشـتري أنه يحتاج في ذلك إلى نفقة، وأما إن علم أنه يحتاج إلى النفقة يحسب ثمنها كالحمل.

وقيد التونسي والباجي[1] وابن رشد كراء البيت بما إذا أكراه لنفسه فيكون المتاع تبعًا، وأما إن أكراه للمتاع خاصة فيحسب ثمنه بغير ربح، وكذلك نص عليه محمد.

ومَا أَخَذَهُ السِّمْسَارُ فَكَالثَّمَنِ عَلَى الأَصَحِّ، وقِيلَ: مِنَ الثَّانِي، وقِيلَ: مِنَ الثَّالِثِ

المراد بالسمـسار هو الجلاس، لا الذي يتـولى الشراء للمشـتري كمـا تفعله سمـاسرة الإسكندرية، وليس مرادهم متولي البيع فإن أجرة هذا على البائع، وهي من الثمن بلا شك فيه.

وقوله: (**فَكَالثَّمَنِ**) أي: يحسب، ويحسب ربحه، وهذا قول عبد الوهاب واختاره ابن محرز؛ لأنه مما لا يحصل ملك المشتري إلا به فيكون كالثمن.

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٤٠٩).

والقول الثاني لأبي محمد[١] وابن رشد[٢]؛ لأنه ليست له عين قائمة.

والقول الثالث هو مذهب «المدونة» و«الموطأ»، ووجهه: أنه ليس له عين قائمة ولا يزيد في الثمن وكثير من الناس يتولى الشراء بنفسه، ولهذا قال محمد: إلا أن يكون المبتاع مما جرت العادة أنه لا يشتري مثله إلا بواسطة سمسار؛ فيحسب حينئذٍ أجرته في الثمن دون الربح.

ولابُدَّ مِنْ عِلْمِ الْمُشْتَرِي بِجَمِيعِهِ قَبْلَ الْعَقْدِ

هذا خاص بالقسمين الأولين، وأما الثالث فهو غير محسوب فلا حاجة إلى بيانه، وما ذكره المصنف هو مذهب سحنون، وقيل: وهو قياس قول ابن القاسم.

سحنون: وإن لم يبين فيرد السلعة إن كانت قائمة إلا أن يرضى المشتري أخذها بذلك، فإن فاتت مضت بذلك ولم ترد إلى القيمة.

وقال محمد وابن حبيب: لا يلزمه البيان.

واختاره التونسي قياسًا على ما إذا اشترى سلعتين وباعهما مرابحة.

عياض: وظاهر «الموطأ» كقول سحنون.

وقال اللخمي: يختلف إذا باع ولم يبين، وأصل ابن القاسم أنها مسألة غش فلا يلزم المشتري وإن حط ذلك القدر.

وعلى مذهب سحنون هي مسألة كذب فإن حط ذلك القدر لزمه.

وفي «المقدمات»[٣]: إذا قال: قامت علي بكذا، أو أبيعها بربح العشرة أحد عشر، ولم يبين هذه الأشياء، فالعقد فاسد؛ لأن المشتري لا يدري كم رأس المال وكم أضيف إليه.

وقال في «الموازية»: أنه يعمل في ذلك على ما ذكرناه مما يحسب ويحسب ربحه، وما لا يحسب ولا يحسب ربحه.

---

(١) «النوادر والزيادات» (٦/ ٣٤٦).

(٢) «المقدمات» (٢/ ١٢٦).

(٣) «المقدمات» (٢/ ١٢٧).

وهو ظاهر قول سحنون في «العتبية»(١) في «نوازله» وهو بعيد، والصواب ما قدمناه.

ونص ابن بشير على أن العقد لا يفسد بعدم التبيين.

فرع:

قال في «المدونة»(٢): وإن ضرب الربح على الحمولة ولم يبين ذلك، وقد فات المتاع بتغير سوق أو بدن، حسب ذلك في الثمن ولم يحسب له ربح، وإن لم تفت رد البيع إلا أن يتراضيا على نحو ما يجوز، وقوله: «إلا أن يتراضيا» جعل ذلك كاستئناف بيع.

واختلف الشيوخ بعد الفوات: هل هي مسألة غش أو كذب؟ فقيل: إنها مسألة غش؛ لأنه لم يكذب فيما ذكر من ثمنه ولكنه أبهم فيسقط عنه ما يجب إسقاطه، ورأس المال ما بقي فات أو لم يفت، ولا ينظر إلى القيمة.

وهو تأويل أبي عمران على الكتاب، وإليه نحا التونسي والباجي وابن محرز وأنكره ابن لبابة.

وقيل: هو من باب الكذب؛ لزيادته في الثمن ما لا يحسب فيه وحمله الربح على ما لا يحسب حمله عليه، فيقال للبائع: أسقط ما يجب إسقاطه من نفقة وربح؛ فإن فعل لزم المشتري ما بقي وربحه، وإن أبى فسخ إلا أن يحب المشتري التماسك، فإن فاتت فهي كالكذب.

وإن لم يضع البائع ما ذكرنا لزمت المبتاع بالقيمة ما لم تكن أكثر من جميع الثمن بغير طرح شيء فلا يزاد له، أو يكون أقل من الثمن الصحيح بعد طرح كل ما يجب طرحه فلا ينقص، وهو قول سحنون في كتاب ابنه وقول ابن عبدوس، وفسر به بعضهم مذهب الكتاب، قالوا: وإنما لم يذكر في الكتاب القيمة؛ لأن ذلك عنده أقل مما بقي بعد الطرح، وإليه مال أبو عمران وعبد الحق وابن لبابة.

وَيَجِبُ ذِكْرُ مَا لَوْ عَلِمَ الْمُشْتَرِي بِهِ قَلَّتْ رَغْبَتُهُ

هذا لا يختص ببيع المرابحة، وإنما يختص ببيع المرابحة بذكر الثمن وحاله من تعجيل وتأجيل، وما أشبه ذلك.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٨/ ٣٨٥).

(٢) «المدونة» (٣/ ٢٣٨).

فَيُذْكَرُ التَّأْجِيلُ

أي: يجب في المرابحـة عليه أنه إذا اشـترى إلى أجل أن يبيِّـن ذلك للمشـتري؛ لأن الأجل له حصة من الثمن، ويختلف الثمن أيضًـا بقرب الأجل وبعده، فإن لم يبين وباعها بالنقد فقال في «المدونة»[١]: البيع مردود، فقيل: أراد إذا اختار المشتري الرد.

وقيل: يفسخ وإن رضي المشتري بالنقد.

واستبعد لأنه حق لمخلوق.

وَفِي طُولِ الزَّمَانِ قَوْلانِ

أي: هل يجب بيانه أو لا؟ ومذهب «المدونة» وغيرها التـبيين، قال فيها: إلا أن يطول الزمان أو تحول الأسواق فليبيِّن ذلك، هذا نص «التهذيب»[٢] وفي «العتبية»[٣] نحوه.

والذي في أصل «المدونة»[٤]: أحب إليَّ أن يبين، وعلل ذلك في «المدونة» بأن الناس أرغب في الطري من القـديم، والقول بعـدم البيـان للخمي، قـال: وهذا إذا لم يكن بان عليه، وأما إذا بان فإنه يبيِّن.

وَمَا نَقَدَهُ عَنِ الثَّمَنِ: النَّقْدُ إِنْ كَانَ عَـيْنًا وَجَبَ، وفِي ذِكْرِ الأَوَّلِ قَوْلانِ، فَإِنْ كَانَ عَرَضًا فَفِي ذِكْرِ الثَّانِي قَوْلانِ، فَإِنْ كَانَ طَعَامًا فقَوْلانِ كَالأَوَّلِ وكَالثَّانِي...

حاصله أنه إذا اشترى بنقد ـ أي: ذهب أو فضة ـ ثم نقـد غير ما عقد عليه، فإذا باع مرابحة فله ثلاثة أقسام:

الأول: أن يشتريها بذهب ويـنقد عنه فضة أو بالعكس، فإذا باع مرابحـة على ما عقد وجب عليه بيان ما نقد، قاله اللخمي وغيره، ونص عليه في «الواضحة».

المازري: وحكى ابن المواز عن أشهب جواز ذلك إذا لم يزده على صرف الناس.

وإن باع مرابحة على ما نقـد ففي ذكر الثمن الذي عقد عليـه قولان، والقول بوجوب التبيين في «الواضحة»، وهو ظاهر «المدونة».

---

(١) «المدونة» (٣/ ٢٤١).

(٢) «تهذيب المدونة» (٣/ ٢٠٣).

(٣) «البيان والتحصيل» (٨/ ٣٧٢).

(٤) «المدونة» (٣/ ٢٤١).

المازري: وهو ظاهر المذهب.

والقول بعدم الوجوب لمالك في «الموازية».

والقولان خلاف في حال هل هو مما تكرهه النفوس أم لا؟

القسم الثاني: أن ينقد عن العين التي اشتراها عرضًا مقومًا. اللخمي: ولا يبيع على ما نقد حتى يبيِّن، وإن باع على ما عقد فمذهب «المدونة» أنه يبين ما نقده من العرض؛ لأن ما عقد عليه لم يستقر ثمنًا.

ابن عبد السلام: وهو ظاهر المذهب.

وقال ابن المواز: يجوز وإن لم يبيِّن.

القسم الثالث: أن ينقد عن العين طعامًا ـ يريد: أو مثليا ـ وخصصه بالذكر إما على طريق التمثيل، وإما لأنه الواقع في «المدونة».

اللخمي وعياض وغيرهما: وظاهر «المدونة» وجوب التبيين.

وفي «الموازية»: يجوز له أن يبيع على ما نقد وإن لم يبيِّن في الدنانير والدراهم والمكيل والموزون وسائر العروض، وتأويل فضل «المدونة» عليه.

وعلى هذا فقوله: كالأول هو مذهب «المدونة» كما تقدم.

وقوله: (**وكَالثَّانِي**) هو مذهب «الموازية»، ولا يمكن أن يريد بقوله: (**كَالأَوَّلِ**) أنه يجب ذكر الطعام، ويختلف في ذكر العين، وبقوله: (**كَالثَّانِي**) بيان للعين الذي وقع عليه. ويختلف في بيان العرض، وإن كان ابن عبد السلام قال ذلك؛ لأن الحمل على ذلك يستلزم الطرق لا الأقوال، على أن النقل لا يساعده.

فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ عَرَضًا غَيْرَ مِثْلِيٍّ فَفِي جَوَازِ الْبَيْعِ مُرَابَحَةً قَوْلانِ، بِخِلافِ الْمِثْلِيِّ

أي: فلو اشترى سلعة بعرض غير مثلي فهل يجوز بيعها مرابحة؟ أجازه ابن القاسم ومنعه أشهب وسحنون؛ لأنه بيع ما ليس عندك؛ أي: لأن المشتري دخل على الحلول وكان كالسلم الحال.

وحمل اللخمي قول ابن القاسم على ظاهره، وتأول النهي عن بيع ما ليس عندك على بيع معين في ملك غيره.

وإلى هذا أشار ابن يونس؛ لأنه قال: ليس هذا من باب بيع ما ليس عندك؛ لأنه لم يقصد ذلك، بدليل اتفاقهم في الشِّقص المبيع بشيء مما يكال أو يوزن أن للشفيع أن يأخذه بمثل ذلك وإن لم يكن عنده، والأخذ بالشفعة كبيع ثان. انتهى.

ورده عياض بأن الشفعة لا يقدر فيها إلا على ذلك، بخلاف هنا فإنهما قادران على البيع مساومة.

واستقرأ بعضهم من قول ابن القاسم في هذه المسألة جواز السلم الحال، وحمل القاضي قول ابن القاسم على أن العرض حاضر عند المشتري، فيتفق القولان على جواز بيعه مرابحة؛ لأن ذوات الأمثال توجد غالبًا.

ونحوه لابن بشير، وهو وهم؛ لأن أشهب نص في «المدونة»[1] على المنع في الجميع، بل لو لم ينص عليه لكان لازمًا له؛ لأن السلم الحال ممتنع فيهما. وقاله ابن راشد وابن عبد السلام.

ولَوْ أَتَمَّ بَعْضَ الْمَبِيعِ بِالشِّرَاءِ مِنْ شَرِيكِهِ فَالرِّوَايَةُ كَالأَجْنَبِيِّ، وفِيهِ نَظَرٌ

يعني: إذا اشترى جزءًا من سلعة ثم أتم بقيتها من شريكه بالشراء فإن له بيع الجميع مرابحة من غير بيان.

كما أن للأجنبي إذا اشترى الجزء الباقي أن يبيع هو والمشتري الأول جميع السلعة من غير بيان.

وأشار بالنظر إلى الفرق بينهما؛ لأن من اشترى بقيتها قد يزيد فيه ليكمل له الملك والمشتري يكرهه.

فينبغي أن يقال بوجوب التبيين، بخلاف الأجنبي فإنه قد دخل ابتداء على الشركة، وذلك مما ينقص الثمن، وهذا لا يكرهه المشتري في بيع المرابحة.

وقد أشار ابن بشير إلى هذا النظر، وقيد اللخمي الجواز بأن الزيادة لصلاحية السلعة كذلك؛ أو بغلاء السوق.

وأما إن كانت لدفع ضرر الشركة فيجب البيان.

---

(١) «المدونة» (٣/ ٢٤٥).

ولَوْ كَانَ مُتَعَدِّدًا مُخْتَلِفَ الصِّفَاتِ فَقَوَّمَهُ وَجَبَ بَيَانُهُ

كما لو اشترى ثيابًا أو غيرها في صفقة واحدة، ثم جعل لكل سلعة من الثمن قسطًا، فلا يجوز أن يبيع إحداهما على ذلك إلا بعد التبيين؛ لأنه قد يخطئ في التوصيف وقد لا يخطئ، ولكن زاد لرغبته في الجملة أو في سلعة منها.

وإِنْ كَانَ مُتَّفِقَ الصِّفَاتِ كَثَوْبَيْنِ مَثَلاً فَثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ عَنْ سَلَمٍ جَازَ

أي: وإن اشترى متعددًا متفق الصفات كثوبين متفقين، وحذف الصفة للعلم بها، وقوله: (**مَثَلاً**) حشو؛ لأن الكاف يفيده، والجواز لابن نافع؛ لأن اتفاق الصفات يبعد معه الخطأ في التقويم. والمنع لسحنون؛ لأنه قد يرغب في الجملة والتفصيل، وهو مذهب «المدونة».

(**إِنْ كَانَا عَنْ سَلَمٍ جَازَ**) وإن كانا معينين لم يجز؛ لأنه قد يقصد أحدهما بخلاف السلم؛ لأنه إنما انعقد على الصفة، والفرق أنها مستوية، وقيد فيها الجواز في السلم بألا يكون تجاوز عنه في الصفة؛ أي: أخذ أدنى مما في الذمة.

وقيده اللخمي أيضًا بألا يكون أحدهما أجود مما وصف؛ فإن كان أجود وصف الزائد عليه وعلى ثوب المرابحة؛ لأن الزيادة كهبة لأجل البيع فيجب توصيفها.

واختلف إذا وجبت عليه البيان ولم يبين: هل هي مسألة غش أو مسألة كذب؟

وأَمَّا فِي الْمِثْلِيِّ فَجَائِزٌ

أي: وأما لو باع ما اشتراه من المثلي مرابحة فله ألا يبين، وهكذا نص عليه في «المدونة».

وتعقبه المتأخرون بأن شراء الجملة يرغب فيه، فيكون ثمن بعضه منفردًا أقل منه بانضمامه إلى الجملة، ولاسيما على ما تقدم أن استحقاق الثلث مقتض لرد جميعه.

ولَوْ أَقَالَ مُشْتَرِيَهُ مِنْهُ وَجَبَ بَيَانُهُ

أي: ولو أقال المشتري من البيع فلا يجوز له أن يبيعه حتى يبيِّن؛ لأن ذلك مما تكرهه النفوس.

وقوله: (**أَقَالَ**) أي: على مثل الثمن الأول؛ لقوله بعد هذا: (**فإن كان بزيادة...**

إلخ).

والظاهر أن وجوب التبيين عام على قول من يرى أن الإقالة حل بيع أو ابتداء بيع؛ لما ذكرناه من كراهة النفوس.

فائدة:

الإقالة عندنا بيع من البيوع إلا في ثلاث مسائل: الإقالة في المرابحة، والإقالة في الطعام، والإقالة في الشفعة.

فَلَوْ كَانَتْ بِزِيَادَةٍ أَوْ نَقْصٍ فَالْمَشْهُورُ الْجَوَازُ.

أي: وإن كان التقايل على زيادة أو نقص فالمشهور ـ وهو مذهب «المدونة» ـ جواز بيعه على الثمن الذي تقايلاه من غير بيان؛ لأن الخلاف في الإقالة: هل هل هي حل بيع أو ابتداء بيع؟ إنما هو إذا كانت على مثل الثمن الأول، وأما إن كانت بأزيد أو بأنقص فهو بيع حقيقة.

والشاذ لابن حبيب بالمنع ولو استقال بنقص، واستشكل قوله: مع النقص؛ لأنه خير للمشتري.

وتأول اللخمي قوله بما يمنع هذا الإشكال، فقال: إنه يمنع إذا استقال بنقص بشرط أن يكون الثمن الذي استردها به أكثر مما اشتراها به أو المثل، مثل أن يكون اشتراها أولاً بعشرة، ثم باعها بخمسة عشر، ثم أقال على اثني عشر، فيتهم على أن البيع صورة؛ ليتوصل إلى بيعها باثني عشر.

والأكثر على أن قول ابن حبيب خلاف.

وذهب فضل إلى أن المذهب قول ابن حبيب، وتأول مذهب «المدونة» على أنه اشتراها من غير من باعها منه.

فَلَوْ كَانَ شِرَاءً ثَانِيًا مِنْهُ فَفِي جَعْلِهِ كَالإِقَالَةِ قَوْلانِ

المحققون من الشيوخ يرون أن لا فرق بين هذه والتي من قبلها في المعنى؛ لأن شراءه ثانيًا إن كان بمثل الثمن فهو إقالة، وإن كان بأقل أو بأكثر فالمشهور الجواز.

وإنما افترقا في اللفظ فقط؛ ففي الأولى رجعت بلفظ الإقالة، والثانية بلفظ الشراء،

والمعول عليه المعنى دون اللفظ.

وَلَوْ بَاعَا مُرَابَحَةً - والثَّمَنُ مُخْتَلِفٌ - فَفِي قَسْمِ الثَّمَنِ والرِّبْحِ قَوْلانِ، أَحَدُهُمَا: كَالانْفِرَادِ، والثَّانِي: كَالْمُسَاوَمَةِ...

أي: ولو اشترى رجلان سلعة في عقدين بثمنين مختلفين، كما لو اشترى أحدهما نصفها بمائة والآخر نصفها بخمسين، ثم باعاها معًا صفقة واحدة بربح مائة، فاختلف المذهب في كيفية قسمهما الثمن والربح:

فقال ابن القاسم وهو المشهور: يقسمان ذلك أثلاثًا بينهما، وإليه أشار بقوله: (**كَالانْفِرَادِ**) أي: كما لو باع كل واحد منهما نصفه منفردًا.

وقال أشهب: يقسم الثمن والربح نصفين، كما لو باعا مساومة بمائتين وخمسين؛ لأن المشتري دخل على ذلك.

ابن عبد السلام: وكذلك يرجع عليهما في العيب والاستحقاق.

ومنشأ الخلاف: هل ينظر إلى الأثمان أو الحصص؟

وَلَوْ باعَا بِوَضِيعَةٍ فَالْمَشْهُورُ كَالانْفِرَادِ

ومنشأ الخلاف المشهور كالمشهور، والشاذ أجراه الأشياخ على قول أشهب.

ولا يَجِبُ بَيَانُ غَلَّةِ الرَّبْعِ والْحَيَوَانِ

خص الرَّبع والحيوان؛ لأنهما لا يتغيران بالاستعمال، بخلاف الثياب وشبهها.

والرَّبع يشمل الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر، وهو مقيد بألا تكون ثمرة الشجرة مأبورة يوم العقد فيجب عليه بيانه، وكذلك الصوف.

قال في «المدونة»(١): لأنه إن كان يوم البيع تاما فقد صار له حصة من الثمن، وإن لم يكن تاما فلم يثبت إلا بعد مدة يتغير فيها.

وأما الأولاد ليست غلة فلا تندرج في كلامه.

قال في «المدونة»(٢): وإن توالدت الغنم لم تبع مرابحة حتى يبيِّن وإن باعها بأولادها.

---

(١) «المدونة» (٣/ ٢٤٠).

(٢) «المدونة» (٣/ ٢٤٠).

إِذَا كَذَبَ فِي الثَّمَنِ ـ والسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ ـ فَلَهُ رَدُّهَا إِلاَ أَنْ يَحُطَّ الْكَذِبَ ورِبْحَهُ، وقِيلَ: ولَوْ حُطَّ لِخُبْثِ مَكْسَبِهِ...

كما لو اشتراها بعشرة وقال: باثني عشر، وسواء كذب عمدًا أو خطأ، قاله ابن حبيب وهو صريح الكذب.

وألحق به سحنون تقدير الكذب وهو ما له تأثير في زيادة الثمن؛ مثل أن يشتري بثمن مؤجل فيبيع نقدًا، أو يشتري ثوبين صفقة فيبيع أحدهما بما ينوبه، وهو خلاف مذهب ابن القاسم، قاله ابن رشد.

قوله: (فَلَهُ رَدُّهَا) لا شك أن له أن يتمسك بها وله أن يردها، إلا أن يسقط البائع الكذب وربحه فلا مقال للمشتري حينئذٍ، لأن الخيار كان له بسبب الزيادة وقد سقطت، هذا هو المشهور.

وقال عبد الملك: للمشتري الخيار ولو أسقط البائع؛ لأن البائع قد تبين خبث مكسبه.

وأشار المازري واللخمي إلى أنه وفاق، وحملا قول مالك على أن المشتري قام بالكذب وحده، ولو قام بخبث المكسب لكان ذلك له، كقول عبد الملك.

ابن عبد السلام: وفيه نظر؛ لأنه لو كان هذا يدل على خبث المكسب للزم أن يكون الخيار لمن اشترى منه غيرها مساومة.

ونقل ابن بشير عن المتأخرين أنه إن ظهر على كذب البائع من غير أن ينفصل منه فللمشتري الخيار لخبث المكسب؛ أي: لحرام المكسب، وإن أتى البائع منفصلاً من كذبه نادمًا على ما صدر منه فكالمشهور.

فَإِنْ فَاتَتْ فَالْبَائِعُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَخْذ الصَّحِيحِ ورِبْحِهِ أَوْ قِيمَتِهَا مَا لَمْ تَزِدْ عَلَى الْكَذِبِ ورِبْحِهِ، وقِيلَ: يَتَعَيَّنُ الصَّحِيحُ ورِبْحُهُ...

أي: فإن فاتت السلعة المكذوب في ثمنها فالمشهور يخير البائع بين أن يأخذ الصحيح وربحه، وبين أن يرجع إلى القيمة بشرط ألا تزيد على الكذب وربحه؛ لأنه قد رضي بالكذب وربحه فلا يزاد عليه، يريد: ما لم ينقص عن الثمن الصحيح وربحه.

المازري: وهذا على المشهور، وأما على قول عبد الملك فإن الواجب فيها مع الفوات تفصيل منه: وينظر إلى من يستحق قيمة هذه السلعة أو ثمنها، أو يمكن البائع من المطالبة

بما باعه من مال حرام في يديه أم لا.

والقول بتعيين الصحيح وربحه لمالك في «الموازية» ورجع عنه.

وفي المسألة قول ثالث: إن على المبتاع قيمتها يوم قبضها، إلا أن يكون ذلك أكثر من الثمن بالكذب وربحه فلا يزاد عليه، أو يكون أقل من الثمن الصحيح وما قابله من الربح فلا ينقص منه.

وَفِي الْفَوَاتِ بِحَوَالَةِ الأَسْوَاقِ قَوْلانِ

لما كان الحكم يختلف بقيامها وفواتها احتاج إلى بيان العيب، وذكر المختلف فيه وهو حوالة الأسواق، وسكت عما فوقه لاتفاقهم عليه.

ابن راشد: ورواية ابن القاسم أنها مفيتة.

وروى ابن زياد عن مالك في «المدونة» أن السلعة إذا فاتت بنماء أو نقص وجبت فيها القيمة.

الشيخ أبو محمد[1] وغيره: هذه الرواية مخالفة لرواية ابن القاسم في أن حوالة الأسواق لا تفيت على هذه.

وقال جماعة: يحتمل أن يكون مراده في هذه المسألة حكم هذا البيع مع الفوت، لا بيان حكم ما يفيت هذا البيع، وتكون الروايتان متفقتين، وعلى طريقة ابن أبي زيد مشى المصنف.

وكذلك اختلف في فهم رواية ابن القاسم أن القيمة في هذه السلعة المكذوب في ثمنها يوم القبض، ورواية ابن زياد أنها يوم البيع: هل ذلك خلاف على ظاهر الكلام، أو هما راجعان إلى شيء واحد؟ والمعنى يوم البيع، ومعنى رواية ابن القاسم أن القبض كان يوم البيع.

واختلف في هذه السلعة المكذوب في ثمنها إذا هلكت بيد البائع: هل يكون ضمانها من البائع، وإليه ذهب أبو بكر بن عبد الرحمن، أو من المشتري وهو مذهب أبي عمران؟

---

(١) «النوادر والزيادات» (٦/ ٣٥٤).

وَمَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ كَالْقَائِمِ يُرَدُّ مِثْلُهُ فِي مَوْضِعِ الْقِيمَةِ

يعني أن ما تقدم من التفرقة بين القيام والفوات خاص بالمقوم، وأما المثلي فإن فوات عينه كلا فوات، لقيام المثل فيه مقام العين.

وقوله: (**يُرَدُّ مِثْلُهُ مَوْضِعِ الْقِيمَةِ**) أي: في الموضع الذي كانت تجب فيه القيمة في المقوم.

وَلَوْ نَقَصَ غَالِطًا، وصَدَّقَهُ فِي الثَّمَنِ، أَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ فَعَلَيْهِ مَا صَدَّقَهُ وَرِبْحُهُ، أَوْ يَرُدُّهَا...

أي: لو غلط على نفسه فباعها بأقل مما اشتراها به؛ كما لو اشتراها بمائة وأخبر أنه اشتراها بتسعين فلا يصدق بمجرد دعواه، بل حتى يصدقه المشتري أو تقوم له بينة. قال في كتاب القسم من «المدونة»[1]: أو يأتي من رقم الثوب بما يستدل به على الغلط، فيحلف البائع ويصدق.

وزاد الباجي[2]: أو يرى من حال الثوب ما يدل على صدقه.

وقوله: (**فَعَلَيْهِ... إلخ**) أي: أن المشتري مخير بين أن يدفع الثمن الذي شهدت به البينة وربحه، وبين أن يرد السلعة.

فَإِنْ فَاتَتْ فَالْمُشْتَرِي مُخَيَّرٌ بَيْنَ إِعْطَاءِ الصَّحِيحِ وَرِبْحِهِ، أَوْ قِيمَتِهَا مَا لَمْ تَنْقُصْ عَنِ الْغَلَطِ وَرِبْحِهِ...

أي: فإن فاتت بنماء أو نقصان، ولم يجعل في «المدونة» تغير السوق مفيتًا كما في الزيادة؛ لأنه غلط على نفسه.

وحاصله أن له القيمة ما لم ينقص عن الثمن المغلوط به وربحه، ما لم يزد على الثمن الذي تبين وربحه.

وعارض ابن الكاتب هذه المسألة بمسألة تضمين الصناع إذا باع ثوبًا فغلط فدفع غيره فقطعه المبتاع، فإنه قال: يرده ولا شيء عليه في القطع، ولم يجعل القطع فوتًا كما جعل ابن القاسم في بيع المرابحة هنا.

---

(١) «المدونة» (٤/ ٢٧٧).

(٢) «المنتقى» (٦/ ٤٢٢).

وفرّق هـو بأن ثوب الكذب في المرابحة لو هلـك بعد القـبض ببينة لكان هلاكـه من المشتري، وثوب الغلط لو هلك ببينة لكان هلاكه من البائع.

وهو يرجع في المعنى لما فرق بـه غيره: أن المسألة تضـمين الصناع لم يجز فيـها بيع، والبائع سلط المبتاع فلم يكن عليـه شيء، بخلاف القطع في بيع المرابحة فإنه وقع في بعض ما وقع العقد عليه، وانتقل الملك فيه إلى المشتري.

وتَقْوِيمهَا يَوْمَ قَبْضِهَا ، وقِيلَ: يَوْمَ الْبَيْعِ

الضمير في : **(وتَقْوِيمـهَا)** يحتمل أن يعود على السلعة المغلوط فيها، والقول بتقويمها يوم القبض مـذهب «الموطأ»، وتقويمهـا يوم البيع مـذهب «المدونة»؛ لأنه صحـيح على ما تقدم، ويحتمل أن يعود على التي زاد فيها أو نقص فيعم الصورتين.

ابن عبد السلام: وأشار غير المصنف إلى أن الخلاف في مسألة الغلط مخرج من مسألة الكذب؛ فإنه منصوص.

ولَفْظُ الأَرْضِ يَشْمَلُ الأَشْجَارَ والدِّيَارَ ونَحْوَهَا ولَفْظُهُمَا يَشْمَلُهُمَا

يعني: أنه إذا باع شخص أرضًا بكذا ولم يزد فإنه يتناول ما اتصل بها من بناء وشجر، وكـذلك لو باع البناء والشجـر اندرجت في العـقد للعـرف، ونحـو الديار الآبار والعيـون والمطامير.

ولاَ يَنْدَرِجُ الْمَأْبُورُ والْمُنْعَقِدُ إلا بشَرْطٍ .

يقال: أبرت النخل بفتح البـاء مخففة، آبر بضم الباء أبرًا وإبارًا مـخفف فهي مأبورة، وأبرتها مشدد الباء أؤبرها تأبيرًا وإبَّارًا مشددة فهي مؤبرة، وتأبرت النخل وائتبرت، واختلف في معناه: فـفي «الإكمال»[1]: هو تعليق طلع الذكر في الأنثى، لئـلا يسقط ثمرها وهو اللقاح.

ونحوه فـي [الجوهري][2] [3] قال: يقال: أبر فلان نخلـه؛ أي: لقحه وأصلحه، ثم قال: وتأبير النخل تلقيحه.

---

(١) «الإكمال» (٥/ ١٨٤).

(٢) في «ط»: الجواهر.

(٣) «الصحاح» (١/ ٤).

وقال ابن حبيب: الإبار: شق الطلع على الأنثى.

وقـوله: (**ولا يَنْدَرِجُ الْمَـأْبُورُ**) يريد: إذا اشترى النخل، وكـذلك لو اشترى الأرض والنخل فإنه لا يندرج في ذلك الثمرة المأبورة والمنعقدة، وقاله ابن الجلاب.

وأفتى ابن الفـخار وابن عتاب بانـدراج الثمرة وإن أبرت وطابت، قالا: لأن الشـجر أنفسها تندرج وإن لم تشترط، وإذا أدخلت الأصـول فالفروع أولى، وما قالاه هو القياس، لكن المنصوص لمالك خلافه، ودليله ما في الصحيح من حديث ابن عمر رضي الله عنهما: «**من ابتاع نخلاً قد أبرت فثمرها للذي باعها إلا أن يشترطه المبتاع**»(١).

والتأبيـر خاص بالنخل، ومـا له زهر ثم ينعقـد بانعقاده كـإبار النخل، ولذلك عطف المصنف المنعقـد على المأبور، وما لا زهر له يعتبـر فيه أن تبرز جمـيع الثمرة عن موضـعها وتتميز عن أصلها، فهو بمنزلة التأبير فيها.

وفهم من كلامه أن الثمـرة غير المأبورة تابعة، واختلف إذا اشترطها البـائع لنفسه قبل الإبار؛ فقيل: لا يجوز ذلك، وقيل: يجوز.

اللخمي: وهو الصحيح من المذهب بناء على أنه مبقى على ملكه.

فَإِنْ تَأَبَّرَ الشَّطْرُ فَلَهُ حُكْمُهُ

أي: ما أُبِّر للبـائع وما لم يؤبر فللمبـتاع، وألحق في «الواضحة» و«الموازية» مـا قارب الشطر به.

وقال محمد بن دينار: ما أبر تبع لما لم يؤبر، فالكل للمبتاع.

وقال ابن القاسم: يقال للبائع: إما أن تسلم جـميع الثمرة، وإلا فسخ البيع ولو رضي المبتاع بالنصف.

هكذا حكى الباجي(٢) هذه الأقوال.

قال: وهذا إذا كـانت الثمرة المأبورة متـميزة؛ بعضـها أبر وبعضهـا لم يؤبر، وأما إن كانت الثمـرة حين تأبيرها وكان في سائر الثمـار قد ظهر بعض الثمرة وبعضـها لم يظهر، فرأى ابن حبيب أن ذلك للبائع، ورأى ظهور بعضـها كظهور جميعه أصله الإزهاء، وروى

---

(١) أخرجه البخاري (٢٠٩٠) ومسلم (١٥٤٣).

(٢) «المنتقى» (٦/ ١٣٩ ـ ١٤٠).

ابن المواز أن ذلك لا يجوز، إلا أن يشترط المبتاع الثمرة ، ورأى أنه لما لم تؤبر لا يجوز أن يشترط البائع ما لم يؤبر، فلم يبق إلا أن يشترط المبتاع نصيب البائع.

وحملهـا ابن رشد[1] على خلاف هذا فقال: الأقل تابع للأكثـر شائعًا أو غير شائع، فإن لم يكن أحدهمـا تبعًا وكانا متناصـفين أو متقاربين، فإن كان مـا أبر على حدة وما لم يؤبَّر على حدة فللبائع مـا أُبِّر وللمبتاع ما لم يؤبر، على ما قـاله المخزومي، وإن كان ذلك شائعًا في كل نخله فأربعة أقوال:

أحـدها: أن الخيار للبائع؛ إما أن يسلم الحائط بثمرته للمبتاع، وإلا انفسخ البيع، وهو قول ابن القاسم.

الثـــاني: أن البيع يـفسخ على كل حال، إلا أن يـكون وقع بشرط أن تكون الثـمرة للمبتاع، وهو قول ابن القاسم وسحنون فيما حكى الفضل.

الثالث: أنه كله للمشتري، وهو قول ابن دينار.

والرابع: أنه كله للبائع، وهو قول ابن حبيب في «الواضحة».

وذكرها ابن زرقون على نحـو ما ذكره ابن رشد، وذكر أن الباجي لم يحـسن تحصيل هذه المسألة.

وذكر ابن القطان أن الذي به القضاء أن البيع لا يجوز إلا برضـا البائع بتسليمه الجميع للمبتاع.

ابن العطار: أو يرضى المبتاع بتسليمه للبائع.

وَإِنْ تَأَبَّرَ الأَكْثَرُ حُكِمَ بِحُكْمِهِ لِلْجَمِيعِ.

هذا قول مالك الذي عليه أكثر أهل المذهب، وروي عنه أنه مثل ما لو تأبر الشطر.

وَلِكَلَيْهِمَا السَّقْيُ مَا لَمْ يَضُرَّ بالآخَرِ

قال ابن راشد وشـيخنا وغيرهمـا : يعني البائع والمشتري؛ أي: حيث يـحكم بالثمرة للبائع بانعقادها أو بإبارها فله السـقي ما لم يضر بالمشتري، ولمشتري الأصول سـقيها ما لم يضر بثمرة البائع.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٧/ ٣٠٥).

وقال ابن عبد السلام: لكل واحد من صاحبي المأبور والمنعقد السقي ما لم يضر ذلك بالمشتري.

ومعناه : إلى الوقت الذي جرت العادة أن تجد الثمرة فيه.

وانظر لو تقابل الضرران فإني لم أر لأصحابنا فيها شيئًا، وللشافعية فيها ثلاثة أقوال: هل يقدم البائع أو المشتري؛ لأن البائع قد التزم سلامة الأشجار له، أو يتساويان فيفسخ العقد لتعذر التسليم إن لم يصطلحا.

نعم تكلم علماؤنا فيمن يلزمه السقي، فقال مالك في «الموازية»: هو على البائع حتى يسلم الأصل لمشتريه، وقال المخزومي في بائع النخل دون الثمرة: إن السقي على مشتري الأصول.

فرع :

فإن اشترط المبتاع بعض ما أبر أو بعض ما خرج من الزرع لم يجز على المشهور؛ لأنه قصد بيع الثمار قبل بدو صلاحها، بخلاف اشتراط بعض ما أزهى وبعض ما يبس من الزرع.

وقال أشهب: يجوز اشتراط بعض ذلك كاشتراط الجميع.

ولو كان المبيع فدانين واشترط زرع أحدهما لم يجز عند ابن القاسم، وقيل بالجواز على مذهبه؛ لأنه لو أفرد كل فدان بالبيع واشترط زرعه جاز، حكاه في «الطرر».

ولا تَشْمَلُ الأَرْضُ الزَّرْعَ الظَّاهِرَ، وفِي الْبَاطِنِ رِوَايَتَانِ

اختلف في إبان الزرع، فروى أشهب أنه ظهوره من الأرض، ورواه ابن القاسم، وروى عنه ابن القاسم أيضًا هو أن يفرك، وروي عن مالك أيضًا في «الأسدية» أنه خروجه من يد باذره.

وَلاَ الْحِجَارَةَ الْمَدفُونَةَ عَلَى الأَصحِّ .

يعني: أنه إذا باعه أرضًا فوجد حجرًا أو رخامًا أو أعمدة، فالمعلوم من مذهب ابن القاسم أنه لا حق في ذلك للمبتاع وهو للبائع.

وذهب سحنون وابن حبيب وابن دينار إلى أنها للمبتاع، وهو ظاهر قول ابن القاسم

في «العتبية»، وقيد صاحب «البيان»[1] هذا الخلاف بالمجهول الذي لا يعلم صاحبه، وأما إن ثبت أن ما وجد في الأرض مغيبًا من متاع البائع، أو من متاع من ورثه عنه، فلا خلاف أنه له.

وكذلك إن علم أن ما وجده أحد الورثة في حصته أنه لموروثهم، فهو بينهم بلا خلاف، وكذلك إذا ثبت أن البيت أو الجب الموجود تحت الأرض كان البائع عمله ونسيه فلا خلاف أن للبائع أن ينقض البيع، ولمن لم يوجد ذلك في حظه أن ينقض القسمة.

والدَّارُ تَشْمَلُ الثَّوابِتَ كَالأَبْوَابِ، والرُّفُوفِ، والسُّلَّمِ الْمُسَمَّرِ

أي: إذا باع دارًا فإنها تشمل الأشياء الثوابت، فالثوابت جمع ثابت كالأبواب والرفوف وهو ما تعلق عليه الأثواب، وكذلك الطاقات.

واشتراطه في السُّلَّم أن يكون مسمرًا يقتضي أنه لو كان غير مسمر لكان للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع، وهو قول ابن عتاب.

وألحقه ابن العطار وابن زرب بالمسمر، واحتج له ابن سهل بقول ابن القاسم فيمن اكترى من رجل منازل سنة وفيها علو وليس لها سلم، فقال المكتري لصاحب المنزل: اجعل لي سلمًا، فتوانى حتى انقضت السنة، فقال: ينظر إلى ما يصيب ذلك العلو من الكراء فيطرح.

ورده صاحب «البيان»[2] بأن الكراء يتضمن التمكين من الانتفاع، ولا يتوصل إليه إلا بسلم، فإذا لم يجعل له سلمًا لم يحصل التمكين، وأما الشراء فيتضمن التمكين من ذات المبيع وقد حصل، وليس شرط التمكين من الذات دفع السلم، وإلا وجب على البائع أن يأتي بسلم إن لم يكن، وهذا لم يقله ابن العطار.

واحترز المصنف بالثوابت مما ينتقل كالحبل والدلو فإن ذلك خارج.

ابن عتاب: وتندرج المطحنة المبنية.

وقال ابن العطار: السفلية فقط.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٩/ ٢١٧).

(٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ٩٤).

فرع :

ولو كان في الدار جرار ونحوها فـأراد البائع إخراجها ولم يسعها البـاب، أو كان فيها بعير صغير فكبر ولم يخرج من الباب، فقال ابن عبد الحكم: ليس على المبتاع قلع الباب، ويذبح هذا بعيره ويكسر جراره، ونزلت بإشبيلية وكتب بها إلى القيروان، فقال أبو عمران: الاستـحسان أن يهدم البـاب ويبنيه البائـع إن لم يبق بعد البناء عيب، وإن بقي بعـده عيب ينقص الدار قيل للمبتاع: ادفع قيمة الجـرار، فإن أبى قيل للبائع: أنزله وأعط قيمة العيب، فإن أبى تُرِكَا حتى يصطلحا.

وقال أبو بكر بن عـبد الرحمن: إن علم المبتـاع بها ووقع الشراء على أنه للبـائع لزمه إخراجها، وإن لم يعلم وكان الذي يهدم لها يسيرًا هدمه وأصلحه.

والْعَبْدُ يَشْمَلُ ثِيَابَ الْمِهْنَةِ الَّتِي عَلَيْهِ دُونَ مَالِه إلا باشْتِرَاطِه

يعني: أن إطلاق لفظ العـبد يشمل الـثياب التي يمتـهنها في خـدمته بحـكم العرف، وكذلك الأمة، بخلاف الرفيعة.

فرع :

واختلف إذا اشترط البائع ثياب المهنة: هل يوفى له بالشرط، وهو رواية عيسى عن ابن القاسم، وصححه ابن رشد وذكر أن به مضت الفتوى، أو يبطل شرطه، وهو رواية أشهب عن مالك؟ ابن مغيث في «وثائقه»: وبه مضت الفتوى عند الشيوخ.

فائدة :

ذكر المتيطي وغيره ست مسائل قال مالك فيها بصحة البيع وبطلان الشرط:

الأولى: هذه على ما ذكر ابن مغيث.

الثانية: من اكترى أرضًا بزرع أخضر على أن الزكاة على البائع.

الثالثة: البيع على أن لا مواضعة على البائع.

الرابعة: أن لا عهدة عليه.

الخامسة: على أن المبتاع إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا، وإلا فلا بيع بيننا.

السـادسة: إذا اشترى الثمرة على أن لا قيام له بجـائحة، خلافًا لما في «السليمانية» أنه

يوفى له بالشرط.

هكذا نقل ابن عبد السلام.

ونقل اللخمي عن «السليمانية» أن البيع فاسد قال: وقال ابن شهاب: البيع جائز والشرط جائز.

خليل: ويزاد على هذا إذا اشترط المشتري ما لا غرض فيه ولا مالية فإنه يلغى كما تقدم.

وذكر ابن لبابة عن مالك في: «إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا» ثلاثة أقوال:

أحدها: ما تقدم.

والثاني: صحة البيع والشرط.

والثالث: فسخ البيع.

وفرق في «الدمياطية» بين: إن جئتني، وبين: إن لم تأتني، وإن قال: «أبيعك على إن جئتني بالثمن فالبيع بيني وبينك» فالثمن حال كأنه رآه بيعًا ثانيًا، وإنما يريد فسخه بتأخير النقد، وإن قال: «إن لم تأتني بالثمن» فكأنه لم ينعقد بينهما بيع، إلا أن يأتيه فلا يجبر على النقد إلا إلى الأجل.

وقوله: (**دُونَ مَالِه إلا باشْتِرَاطِه**) لما صح عنه عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عمر رضي الله عنه: «**من باع عبداً فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع**».

وبَيْعُ الثِّمَارِ ونَحْوِهَا قَبْلَ بُدُوِّ صَلاحِهَا عَلَى الْقَطْعِ يَصِحُّ

قوله: (**ونَحْوِهَا**) أي: من الزرع، والمقاتي: والمباطيخ، والنوار كالورد.

وقوله: (**عَلَى الْقَطْعِ**) أي: في الحال أو قريبًا منه، ولا يؤخرها إلى زمان تزيد فيه. وقيده اللخمي بثلاثة شروط:

الأول: أن ينتفع به؛ لنهيه عليه الصلاة والسلام عن إضاعة المال.

ثانيها: أن تدعو إلى ذلك حاجة، وإلا كان من الفساد.

وثالثها: ألا يتمالأ أهل البلد على ذلك؛ لئلا يعظم الفساد.

وعَلَى التَّبْقِيَةِ يَبْطُلُ

وبيعها على شرط التبقية باطل؛ لما في «الموطأ»[(١)]: أن رسـول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهي، قيل له: يا رسول الله وما تزهي؟ فقال: «**حتى تحمر أو تصفر**».

وفي الصـحيح: **أنه ﷺ نهى عن بيع النخل حتى تزهي، وعن بيع السـنبل حتى يبيض ويأمن العاهة**، نهى البائع والمشتري[(٢)].

فَإِنْ أُطْلِقَ فَظَاهِرُ «الْمُدَوَّنَةِ» يَصِحُّ، وقَالَ الْعِرَاقِيُّونَ: يَبْطُلُ

أي: لم يشترط القطع ولا التبقية، فظاهر «المدونة»: يصح؛ لقوله في البيوع الفاسدة: ومن اشترى ثمرًا فجذه قبل إزهائه فالبيع جائز إذا لم يشترط تركه إلى إزهائه.

ووقف مع هذا الظاهر ابن مـحرز وعبـد الحميـد واللخمي وغـيرهم من المتـأخرين، ورجحوه بأن مقتضى العـقد المناجزة في الثمن والمثمون، والتأخير فـيهما أو في أحدهما لا يكون إلا بشرط أو عادة.

ومذهب العراقيين البطلان، وهو المذهب عندهم.

الباجي[(٣)] والمتيطي: وهو المشهور عن مالك، وتأول ابن أبي زيد «المدونة» على ذلك؛ لأنه تأولها على أنه اشترط الجذ.

واختـار اللخمي أن يستدل على الجـذاذ والتبقيـة بقلة الثمن وكثـرته؛ إذ ثمن ما على القطع أقل.

فرع:

إذا وقع العقد على التبقية فسخ، والثمرة من ضمان البائع ما دامت في رؤوس النخل، فإن جذها المبتاع رطبًا رد قيمتها، وإن جذها ثمرًا رده بعينه، وإلا رد مثلها، وكذلك يفسخ إذا بيع على الإطلاق، وقلنا: إن ذلك يقتضي التبقية.

وبَيْعُهَا لِمُشْتَرِي الشَّجَرِ يَصِحُّ عَلَى الأَصَحِّ

يعني: أنه اختلف فـيمن اشتـرى نخلاً مأبورة، وقلـنا: إن الثمرة للبـائع، هل يجوز

(١) أخرجه مالك (١٢٨١) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

(٢) أخرجه البخاري (١٤١٧) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

(٣) «المنتقى» (٦/ ١٤٤).

للمشتري أن يشتري الثمرة؟ الأصح وهو المشـهور: الجواز؛ كبيع الخلفة بعد شراء الأصل، وكاشتراء الأرض فيـها زرع لم يبد صلاحه مجردة من الزرع، ثم اشتراه، وكـبيع مال العبد في عقد ثان بناء على أن اللاحق للعقد واقع فيه أم لا.

وحكى بعضهم في مسألة المصنف وفي مال العبد أربعة أقوال: هذين القولين:

والثالث: الجواز في الثمرة دون مال العبد، ورواه أشهب أيضًا وقال به.

والرابع: يجوز ذلك بحدثان العقد، رواه أصبغ عن ابن القاسم.

يحيى: وحد العـبد في ذلك عشرون يومًا، قال بعض الشـيوخ: ولو جذ الأصل ثم اشترى الخلفة فلا يجوز اتفاقًا؛ لأنه يشتريها غير مستندة إلى شيء، وهذا يأتي في العبد إذا اشتـراه فمـات أو أعتقـه أو باعه، ثم أراد بعـد ذلك أن يشتري مـاله، فلا يجـوز باتفاق، وكذلك النخل والأرض إذا باعـها على الإطلاق، ثم أراد أن يشتـري زرع الأرض أو ثمرة النخل. فاعلمه.

وَبَعْدَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ يَصِحُّ مَا لَمْ يَسْتَتِرْ نَحْوَ الْبِزْرِ مِنَ الْكَتَّانِ

أي: ويجوز بيع الثـمار بعد بدو الصـلاح منضمة إلى الأصل ومـفردة على القطع أو التبقية، لكن بشرط ألا تستتر في أكمامـها كبزر الكتان مجردًا عن أصله، وكالحنطة مجردة عن سنبلها، والجوز واللوز مجردًا عن قشره على الجزاف.

الباجي[1]: ولا خلاف فيه وهو ظاهر؛ لأنه بيع مغيب.

وفي بعض النسخ: (ما لم يستـثن) أي: ما كان من الحبوب مستـترًا، وعليه تكلم ابن عبد السلام فقال: قوله: (ما لم يستثن) يظهـر منعه على القول بأن المستثنى مشترى لانتفائه عن ملك البائع، ويجوز على القول بأن المستثنى مبقى.

والنسخة الأولى أصوب، وهي التي تكلم عليها ابن راشد وغيره.

ويلزم من الثانية مخالفة المشهور فقد قال المتيطي: ويجوز لبائع الثمرة أن يستثني جزءًا شائعًـا منها قليلاً كان أو كـثيرًا؛ لأن البيع لم يـتناول الجزء المستثنى، هذا هو المشـهور من المذهب.

وقال عبد الملك: لا يجوز استثناء الأكثر، ويجوز في النصف فأقل.

(١) «المنتقى» (٦/ ١٤٨).

وبُدُوُّ الصَّلاحِ فِي بَعْضِ حَائِطٍ كَافٍ وَفِي الْمُجَاوِرَةِ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ إِذَا كَانَ طَيِّبُهُ مُتَلاحِقًا، وقِيلَ: فِي حَوَائِطِ الْبَلَدِ.

أي: لا يشترط عموم بدو الصلاح في كله، بل يكتفى أن يكون في بعضه، أو في بعض حائط مجاور له، ولو كانت شجرة واحدة بشرط ألا تكون باكورة.

ولذلك قال: (**إِذَا كَانَ طَيِّبُهُ مُتَلاحِقًا**). واحترز بقوله: (**فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ**) من الجنسين فلا يباع جنس بطيب آخر.

فإن كان الجنس الذي لم يطب تبعًا لما طاب، فقيل: يجوز، ومنعه سحنون؛ لعدم الضرر في تأخيره.

والقول بأنه يجوز بيع جميع حوائط البلد ببدو الصلاح في حائط منها لابن القصار، وإن لم تكن مجاورة، وزاد ابن رشد قولاً آخر: أنه لا يجوز بيع الحائط حتى يعمه الزهو. قال: وما استعجل زهوه من الثمار لعارض وسبب من مرض في الثمرة وما أشبه ذلك، فلا اختلاف أنه لا يبيح له بيع ذلك الحائط.

وصَلاحُهَا: زَهْوُهَا وظُهُورُ الْحَلاَوَةِ فِيهَا

لما في الصحيح: أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن الزهو فقال: «**أن تحمر أو تصفر**».

فإن قلت: الزهو يغني عن الحلاوة؛ لأنها لازمة له.

قيل: إن الواو في كلامه للتنويع؛ أي: الزهو خاص بالثمرة، وظهور الحلاوة عام به وبغيره.

وفي كلام المصنف نظر؛ لأن قوله: (**وظُهُورُ الْحَلاَوَةِ**) لا يعم؛ لأن بعضها قد لا تظهر فيه الحلاوة كالموز فإنه يباع في شجره، قال ابن المواز: لا يباع حتى ينزع.

الباجي[1]: يريد إذا بلغ مبلغًا إذا نزع عن أصله تهيأ للنضج، قال: وبدو صلاح التين أن يطيب وتوجد فيه الحلاوة، ويظهر السواد في أسوده والبياض في أبيضه.

وكذلك بدو الصلاح في العنب الأسود أن ينحو إلى السواد، وفي الأبيض أن ينحو إلى البياض مع النضج، والهاء في (**صَلاحُهَا**) للثمرة.

---

(١) «المنتقى» (٦/ ١٤٣).

وفِي الْبُقُولِ وشِبْهِهَا بِإِطْعَامِهَا

أي: وبدو الصلاح في البقول بإطعامها؛ أن ينتفع بها في الحال.

البــاجي[١]: وأما الجزر واللفت والثـوم والبصل فبدو صلاحه إذا اسـترق ورقه وتم وانتفع بها، ولم يكن في قلعه فساد، وقصب السكر إذا طاب سكره، والبر والفول والجلبان والحمص إذا يبس ذلك، قال: وعلى هذا عندي حكم اللوز والجوز والفستق.

وأما الورد والياسمين فـبأن تنفتح أكمامه ويظهر نوره، والقـصيل والقضب والقرط إذا بلغ أن يرعى دون فساد، وفي الزيتون أن ينحو إلى السواد، وفي القِـثَّاء والفقوس أن ينعقد ويوجد له طعم.

واختلف في البطيخ؛ فقال ابن حبيب: صلاحه إذا نحا ناحية الاصفرار؛ لأنه الغرض المقصود منه.

وقال أشهب: أن يكون فقوسًـا، وأما الاصفرار فلا، أصبغ: فقوسًا قـد تهيأ للتبطخ، وأما الصغير فلا.

فرع:

فإن بيع الفـول والحنطة أو العدس أو الحمص بعد أن أفـرك وقبل يبسه، ولم يـشترط قطعه ولا إبقاؤه، فـقال ابن عبد الحكم: يفسخ كـبيع الثمرة قبل بدو صلاحـها، وقال ابن القاسم: يفوت باليبس ويمضي.

وفي «المدونة»[٢]: أكرهه، فإذا وقع فات فالأولى أن يفسخ، الشيخ أبو محمد: معناه يفوت بالقبض.

وفي «الموازية»: إن نزل لم أفسخه، وظاهره أنه يمضي بمجرد العقد.

ومَا يُخْلفُ كَالْيَاسَمِينِ فَلِلْمُشْتَرِي

لا إشكال أن ما لا يخلف إذا بيع يتناول جميعه، ولهذا لم يتعرض المصنف له.

وأما ما يخلف فإن تميزت بطونه فلا تدخل الخلفة إلا بشرط.

---

(١) «المنتقى» (٦/ ١٤٣).

(٢) «المدونة» (٣/ ١٨٩).

ابن حبـيب: ولا يجوز اشتراطهـا إلا في الأرض المأمونة؛ أرض النيل وشبهـه، وأما المطر فلا يجوز اشـتراط خلفتها؛ إذ قـد لا تمطر فلا يكون له خلفة، وإن لم يتمـيز بطونها كالياسمين والخس والبطيخ والمقاتي، وله آخر، فأجاز مـالك بيعه للمشتري في جميع تلك الغلة إلى آخرها.

قال في «المدونة»(١): ولا يجوز اشتراء ما تطعم المقاتي شهرًا؛ لاختلاف الحمل فيه في قلة الحر وكثرته.

فَإِنِ اسْتَمَرَّ كَالْمَوْزِ فَلا بُدَّ مِنَ الأَجَلِ

أي: إن كان مـا يخلف ليس له إبان ينتهي إليه ـ كـالموز ـ فلا يجوز بيعـه إلا بضرب الأجل، وهو غاية ما يمكن.

قـال مالك: ويجـوز اشـتراط خـلفتـه السنتين، وقـال ابن نافع: لا يجـوز إلا السنة ونحوها.

تنبيه :

وقع في نسخة ابن راشد هنا زيادة مسألة نصـها: ولو كانت الأشجار تطعم بطنين ففي بيع البطن الثاني ببدو صـلاح الأول قولان، مشهورهمـا المنع بناء على أن البطن الثاني تبع للأول فيجوز بيعه بصلاح الأول، أو مستقل فلا يجوز.

وكذلك قال الباجي(٢): المنع ظاهر المذهب.

---

(١) «المدونة» (٣/ ١٩٠).

(٢) «المنتقى» (٦/ ١٤٧).

باب العرايا

العَرَايَا: وبَيْعُ الْعرَايَا مُسْتَثْنًى مِنَ الرِّبَا، والْمُزَابَنَة، وبَيع الطَّعَامِ نَسِيئَةً

(العَـرَايَا) جمع عرية كعطية وعطايا، وسميت بذلك؛ لأن نخيلها معراة عن المساومة عند البيع، وفعله رباعي أشار إليه صاحب «العين»(١)، وقيل: لأن الثمرة معراة عن السوم عند البيع، وقيل: هي اسم للثمرة المطلوبة من عروت الرجل أعروه؛ أي: طلبته، فهي فعيلة بمعنى مفعولة، وإنما دخلت فيها الهاء لأنها أفردت فصارت في عداد الأسماء مثل النطيحة والأكيلة، وقيل: سميت بذلك لأن الذي عريها يختلف إليها ويحل بأهلها لاجتناء ثمرتها، وهو قريب مما قبله، وقيل: سميت بذلك لتخلي مالكها عنها من بين ماله كأنها عرية من جملة النخل، فهي على هذا بمعنى فاعلة، وقيل: هي عرية من تحريم المزابنة، وخلت من ذلك، ويرد على هذا تسميتها قبل ورود الشرع المحلل والمحرم، وفي الصحيح أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع التمر بالتمر، وقال: «**ذلك الربا والمزابنة**»(٢)، إلا أنه أرخص في بيع العرية النخلة والنخلتين يأخذهما أهل البيت بخرصهما تمرًا ليأكلوها رطبًا.

وذكر المصنف أنها مستثناة من الربا ـ أي: ربا التفاضل وربا النساء ـ ومن المزابنة؛ لأنه بيع معلوم بمجهول من جنسه، وهي أيضًا مستثناة من رجوع الإنسان في هبته.

وهِيَ ثَمَرَةُ نَخْلٍ أَوْ شَجَرٍ مِمَّا يَيْبَسُ ويُدَّخَرُ كَالتِّينِ والزَّيْتُونِ واللَّوْزِ يَهَبُهُ مِنْ حَائِطه...

هذا تعريف العرية المرخص في جواز بيعها بخرصها، وإلا فالعرية حيث هي جائزة في كل شيء.

فَيَجُوزُ شِراءُ الْمُعْرِي أَوْ مَنْ يَتَنَزَّلُ مَنْزِلَتَهُ بِبَيْعٍ أَوْ مِيراثٍ أَوْ هِبَةٍ مِنَ الْمُعْرَى أَوْ مَنْ يَتَنَزَّلُ مَنَزِلَتُهُ بَعْدَ صَلاَحِهَا بِخَرْصِهَا مِنْ نَوْعِهَا يَدْفَعُهُ عِنْدَ الْجُذَاذِ لا قَبْلَهُ فِي ذِمَّته لاَ فِي مُعَيَّنٍ، فَقيلَ: لدَفْعِ الضَّرَرِ، وقيلَ: بقَصْدِ الْمَعْرُوف، وعَلَّلَ مَالكٌ وابْنُ الْقَاسم بهمَا، فعَلَى الأَوَّلِ لاَ يَشْتَرِي بَعْضَهَا ولاَ جَمِيعَهَا إِنْ كَانَتْ كُلَّ الْحَائِطِ، ولاَ مِنْ شَرِيك حِصَّته. وشَرْطُهُ: خَمْسَةُ أَوْسُقٍ فَأَدْنَى وقيلَ: أَدْنَى.

اعلم أنه لا يجوز شراء العرية بخرصها إلا بشروط:

الأول: وهو متفق عليه، أن يكون مشتريها هو معريها أو من يتنزل منزلته؛ إما ببيع أو هبة أو ميراث من المعرى، أو من يتنزل منزلته.

---

(١) «العين» (٢ / ٢٣٤).

(٢) تقدم تخريجه.

الثاني: وهو متفق عليه أيضًا، أن يبدو صلاحها للنهي عن بيع الثمرة قبل ذلك قصرًا للرخصة على محلها.

الثالث: عياض: وهو متفق عليه أيضًا، أن يشتريها بخرصها بكسر الخاء؛ أي: بكيلها، وأما بفتحها فهو اسم للفعل؛ لما في الصحيح: **أنه ﷺ أرخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق**(١).

فشك الراوي في ذلك، وفيه نظر، فإنه روى عن مالك جواز شرائها بغير خرصها.

الرابع: وهو متفق عليه أن يشتريها بنوعها، إن صيحانيا فصيحاني وإن عجوة فعجوة.

وأجار القابسي أن يتراضيا عند الأجل على ثمر من غير صنفها، وشبهه بالقرض بجامع المعروف، وألزم على شبهه أن يجوز بيعه قبل القبض كما في المشبه به، وأجيب بأن جواز البدل بغير الصنف لا يلزم منه جواز بيعه قبل قبضه كالسلم، ورد بأن الإلزام للتشبيه بالقرض لا على وجه البدل.

وأجراها ابن يونس في البدل مجرى السلم، وبالجملة فقد اختلف الأشياخ في إجراء العرية مجرى البيع أو القرض.

الخامس: يشترط أن يكون العوض مؤخرًا إلى الجذاذ، ولا يجوز بشرط التعجيل، وحكى عياض الاتفاق عليه.

وحكى ابن يونس عن مالك أنه لا يجوز شراء العرية بخرصها وإن جذها مكانه.

أصبغ: ويفسخ إن نزل حتى يبقى فيها ما يحل بيعه، فإن فاتت رطبا رد مثلها إن وجد وإلا قيمتها، قال أصبغ: وإن اشترى ما أعرى من رطب الفواكه التي لا تيبس، وقد أزهت بخرصها يدفعه من غيرها نقدًا أو إلى تناهيها لم يصح ذلك، فإن لم يفت ذلك رد وإن فات أنفذ ولم يرد، وكذلك في كل عرية ما كانت يدخلها رخصة العرية ورفقها، قال: ولو أجيزت للرب من غير كراهة هي لم تكن لأجنبي، ولو أجيز هذا ابتداء لم يكن خطأ؛ لأن النقد أبلغ في المعروف.

وفي بعض النسخ: (**يوفيه في يده**)، ولا حاجة إلى هذه الزيادة قال في «الواضحة»: وإن تطوع له بتعجيل خرصها قبل الجذاذ من غير شرط جاز له، وهل يجبر الموهوب على

---

(١) أخرجه البخاري (٢٠٦٤) ومسلم (١٥٣٩) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

جذها ؟ أشار ابن يونس إلى أنه يتخرج على القولين في أنها هل هي كالقرض أو كالبيع؟

السادس: أن يكون العوض في ذمة المعري لا في حائط معين اتباعًا للرخصة، فإن وقع التعيين، فقال المازري: الأظهر على المذهب الفسخ لكونه بيعًا فاسدًا.

وفي «المبسوط»: يبطل شرط التعيين ويكون في الذمة.

الســابع: أن يشتري جملة العرية لا بعضها، ولما أراد المصنف الكلام على هذا الشرط قدم قبل ذلك ما هو مرتب عليه، فقال: **(فَقِيلَ: لِدَفْعِ الضَّرَرِ... إلخ)** يعني أنه اختلف في علة الجواز بالشروط المتقدمة على ثلاثة أقوال:

أحدها لابن الماجشون: أنها دفع الضرر عن المعري بسبب دخول المعرى عليه في حائطه واطلاعه على أهله وشبه ذلك.

الثاني: أنها قصد المعروف.

الثـالث: لمالك وابن القاسم التعليل بهـما؛ أي: على طريق البدل لا على الجمع، ثم فرع على هذه فقال: **(فَعَلَى الأَوَّلِ... إلخ)** وتصوره واضح.

ومعنى قوله: **(ولاَ مِنْ شَرِيكٍ حِصَّتَه)** أنه لو أعرى جماعة رجلاً بعض حائطهم فلا يجوز لأحدهم على التعليل بالـضرر شراء حصته لبقاء الضـرر بسبب دخول المعرى لما بقي له.

الثـامن: أن يكون خمسة أوسق فأقل ، وهو المشهور، وروى أبو الفرج عن مالك: لا تجوز في أقل من خـمسة أوسق وهو أظهر؛ لأنـه المحقق، والخامس مشكوك فـيه، ولما في أبي داود قال: وحديث جابر إلى أربعة أوسق.

التـاسع: أن يكون مما ييبس، وهو مأخوذ مـن كلام المصنف أولاً، وليس ذلك خاصا بالتمر والعنب على المشهور، وكلام المصنف يدل عليه تشبيهه باللوز، ولمالك في «الموازية»: لا يشتري بخرصه إلا التمر والعنب، ثم رجع إلى ما في «المدونة».

العاشر: أن يكون بلفظ العرية على المشهور ، ولو أعطاه بلفظ الهبة والمنحة لم يجز له الشراء اتباعًا للفظ الحديث، خلافًا لابن حبيب وغيره.

وهذا لا يؤخذ من كلام المصنف، إلا أن يقال: قوله: (الْمُعْرِي) يدل على أن هذا لا يجوز إلا للمعري.

وَلَوْ أَعْرَاهُ عَرَايَا مِنْ حَوائِطَ فَفِي شِراءِ أَكْثَرَ مِنْ عَرِيَّتِه ثَالِثُهَا: إِنْ كَانَتْ بِلَفْظٍ وَاحِدٍ مُنِعَ...

يعني: فإن اتحد المعري والمعرى لكنه أعراه عرايا في حوائط متعددة في مرة أو أكثر في كل خمسة أوسق فأقل، ثم أراد شراء عشرة أوسق مثلاً من حائطين فقال ابن القاسم: يجوز في الوجهين؛ أعني: سواء كان في مرة أو مرات.

وقال يحيى بن عمر وابن أبي زيد وغيرهما: لا يجوز فيهما بناء على أن العقد هل يتعدد بتعدد المعقود عليه أم لا؟ وتأول «المدونة» على نحو قوله، وفرق ابن الكاتب فمنع في الأول وأجاز في الثاني.

ورجحه ابن يونس لقول مالك فيمن اشترى حوائط فأصابتها جائحة أنها إن كانت في صفقة واحدة اعتبر ثلث الجميع، وإن كانت في صفقات اعتبر ثلث كل واحد.

وَبَيْعُهَا عَلَى مُقْتَضَى الشَّرْعِ لِلْمُعْرِي وغَيْرِه قَلِيلَةً أَوْ كَثِيرَةً جَائِزٌ

أي: أن ما تقدم من الشروط إنما هو في بيعها بخرصها، وأما بيعها بغير خرصها فهو جائز على مقتضى البيوع لرب الحائط وغيره، فيجوز شراؤها بالدنانير والدراهم وبطعام يخالفها إذا حصلت المناجزة في الطعام، وهكذا قال في «المدونة»[1] وغيرها.

وفي «الإكمال»[2]: المشهور من قول مالك قصر جواز بيعها من ربها بخرصها تمرًا إلى الجذاذ، وذلك بعد صلاح العرية، وروي عنه لا يجوز بخرصها ويجوز بغيره، وعنه أنه يجوز بخرصها وبغيره وبالعروض وبالطعام، ويريد على الجذاذ، وروي عنه أنه لا يجوز شراؤها إلا بخرصها ولا يجوز بغير ذلك من دنانير أو دراهم أو غير ذلك؛ لأنه من باب العود في الهبة وبالخرص رخصة لا تتعدى، قال: واختلاف قوله في ذلك على اختلاف أهل الأصول في تقديم خبر الواحد على القياس، أو تقديمه عليه، وعلى أن الرخص لا تتعدى بها مواضعها، ثم قال: وأما مشهور قوله فإنه لا يجوز إلا بخرصها عند الجذاذ، فلم

---

(١) «المدونة» (٣/ ٢٨٤).

(٢) «الإكمال» (٥/ ١٧٨).

ير تعدي الرخصة عن وجهها، وهو أظهر. انتهى. فانظره مع ما في «المدونة».

وتَبْطُلُ الْعَرِيَّةُ بِمَوْتِ الْمُعْرِي قَبْلَ حَوْزِهَا

لأنها عطية كسائر العطايا، ولا خلاف فيه في المذهب.

وحَوْزُهَـا أَنْ تَكُونَ فِيـهَا ثَمـرَةٌ وأَنْ يَقْبِـضَهَـا، وقَالَ أَشْـهَـبُ: بالإِبَارِ أَوْ تَسْلِيمِ الرَّقَـبَةِ، والزَّكَاةُ عَلَى الْمُعْـرِي كَالسَّقْي بخلاف الْوَاهِب، وقَـالَ أَشْهَبُ: علَى الْمُعْرَى كَـالْهِبَةِ إِلاَ أَنْ يُعْرِيَـهُ بَعْدَ الزَّهْوِ، وعَلَى الأَوَّلِ: إِذَا كَـانَت الْعَرِيَّةُ كُلَّ الْحَـائِطِ أُخْرِجَ مِنْه، وعَلَى الثَّـانِي مِنْ غَيْرِه، ولَوْ كَانَتْ دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ كُمِلَتْ...

لما كان الحوز شرطًا في تمامها فسره وذكر فيه قولين:

الأول لابن حبيب قال: وحيازة العرية بوجهين: قبض الأصول وأن يطلع فيه ثمر قبل موت المعري، وإن قبضها ولم يطلع فيها ثمر حتى مات المعري بطلت، وإن طلع الثمر ولم يقبض الشجر حتى مات المعري بطلت، قاله مالك، وهو مذهب «المدونة» عند ابن العطار، وفضل، وجماعة.

ثم اختلف هؤلاء في وجه موافقتهما لقول ابن حبيب، فقال ابن العطار: العرية والهبة والصدقـة سواءٌ لا يتم حوزها إلا بأمرين، وقـال ابن زرقون: إما يوافقـه في العرية لا في الصدقة والهبة.

وذهب بعضهم إلى أن مذهب «المدونة» والاكتفاء بحوز الأصل وحده، وإليه ذهب أبو عمران وابن مالك.

والقول الثاني لأشهب الاكـتفاء بأحد الأمرين إما ظهور الثمـرة بالإبار، وإما بحصول رقاب الثـمرة بيد المعـرى دون رب الحائط، وهذا القول هو الـصواب عند ابن يونس، وإن كان لم يصرح بتأويل المدونة على أحد التأويلين المتقدمين.

واستدل لهما في كتاب الهبات لابن القاسم إذا وهب ما تلد أمته أو ثمرة نخله عشرين سنة جاز ذلك إذا حاز الأصل والأمة أو حاز ذلك له أجنبي، فهذا يدل على خلاف ما قاله ابن حبيب؛ لأن ثمرة عشرين سنة لم تأت بعد.

(والزَّكَاةُ عَلَى الْمُعْـرِى كَالسَّقْيِ بخلاف الْوَاهِبِ، وقَـالَ أَشْهَبُ: عَلَى الْمُعْرَى كَـالْهِبَةِ إلا أَنْ يُعْرِيَهُ بَعْدَ الزَّهْوِ.... إلخ) يعني أن العرية والهبة إما أن يكونا بعد الزهو أو قبله، فإن كانتا بعد الزهو فعلى المعري والواهب، وإليه أشار بقوله: **(إلا أَنْ يُعْرِيَهُ بَـعْدَ الزَّهْوِ)**، وإن كان قبل الزهو ففي المسألة أربعة أقوال.

ووقع في نسخـة ابن راشد ما نصـه: (وفي كون الزكاة على المعطي أو المعطى ثالثـها لابن القاسم: في العرية على المعري وفي الهبـة على الموهوب له، ورابعها لسحنون: على من كانت الأصول بيده).

ومنشأ الخلاف: هل العرية والهبة يقتضيان عرفًا التزام الزكاة أم لا؟ ولفظ العرية يشعر بذلك بخـلاف الهبة، وذكـر ابن المواز أنهم لم يختلـفوا في السقي أنه عـلى رب الحائط، وعلى الأول؛ أي أنها على المـعري لو كانت جـميع الحائط للزم رب الحـائط أن يخرج من غيرها ويأخذها كلها المعرى ، وإن كان دون خـمسة أوسق كملت؛ أي: ضمها رب الحائط إلى ما بيده، انظر لو أعسر المعري فهل تؤخذ من المعرى ولها نظائر.

الْجوَائِحُ: والثِّمَارُ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ فِي الْجَوَائِحِ

لما في مسلم من حديث جابر: أن رسول الله ﷺ أمر بوضع الجوائح، وفيه أيضًا قال: «**لو بعت من أخيك ثمرًا فأصابته جائحة فـلا يحل لك أن تأخذ منه شيئًا بم تأخذ مال أخيك بغير حق**».

والحديثان وإن كان ظاهرهما إسقـاط الجائحة مطلقًا، لكن من المعلوم أن المشتري دخل على أنه لابد أن يرمي الهواء بعضـه وتأكل الطير منه ونحو ذلك، فقد دخل على اليـسير، واليسير المحقق مـا دون الثلث، والثلث وإن كان في كثير من أبواب الفقه يسـيرًا فقد جعل هنا كثيرًا؛ ولأنه روي من حديث أبـي طلحة عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «**إذا أصيب ثلث الثمرة فقد وجب على البائع الوضيعة**».

وعن ربيعة عنه ﷺ: «**أنه أمر بوضع الجوائح إذا بلغت ثلث الثمـرة فصاعدًا**»، لكن فيهما ضعف، والجوائح جمع جائحة؛ وهي المصيبة المهلكة.

وقَالَ ابْنُ الْقَاسِم : إذَا كَانَ بَقَاؤُهَا لِيَنْتَهِيَ طِيبُهَا، فَلَوِ انْتَهَتْ كَالْعِنَبِ يَطِيبُ والْبُقُولُ والْقَصِيلُ فَلاَ جَائِحَةَ كَالثَّمرِ عَلَى النَّخْلِ، وقَالَ سحْنُونٌ: فيهِ الْجَائِحَةُ...

قسم المصنف المسألة على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون الثمرة محتاجة إلى إبقائها في أصولها ليكمل طيبها، ولا خلاف في ثبوت الجائحة فيه، قاله ابن شاس[1]، ونسبة الجائحة لابن القاسم وحده ليست بجيدة.

الثاني: أن ينتهي طيبها، ولكن يحتاج إلى التأخير لبقاء رطوبة كالعنب المشترى بعد بدو صلاحه.

وحكى المصنف فيه قولين.

الباجي[2]: ومقتضى رواية أصبغ عن ابن القاسم أنه لا يراعى البقاء لحفظ النضارة، وإنما يراعى كمال الصلاح، قال: ويجب أن يجري هذا المجرى كل من كان هذا حكمه كالقصيل والقصب والبقول والقرظ، فلا توضع جائحة في شيء من ذلك، قال: ومقتضى رواية سحنون أن توضع الجائحة من جميعه.

الثالث: ما لا يحتاج إلى بقائه في أصله لتمام صلاحه ولنضارته كالثمر اليابس والزرع، فلا جائحة فيه.

وإليه أشار بقوله: كالتمر على النخل؛ إذ الكاف هنا للقياس والاستدلال.

وأما الأولى فهي في كلامه للتمثيل، وما حكاه عن سحنون حكاه غيره.

وحكى ابن يونس عن سحنون: إذا تناهى العنب المشترى وحان قطافه حتى لا يكون تأخيره إلا لسوق يرجوها أو لشغل يعرض له فلا جائحة فيه.

ابن عبد السلام: وهذا مخالف لما حكاه المؤلف وغيره عنه، وأشار بعض الأندلسيين إلى إجراء هذين القولين فيما بيع قبل بدو صلاحه أو بعده على أن يجده مشتريه، وهو ظاهر. انتهى.

وفي حمل كلام سحنون على الخلاف بحيث لا يخفى، ونص في «المدونة»[3] على

(١) «الجواهر» (٢/ ٥٣٣).

(٢) «المنتقى» (٦/ ١٧٥).

(٣) «المدونة» (٣/ ٥٩٠).

أنه لو اشترى ثمرة على الجذاذ فيها الجائحة إذا بلغت الثلث، كالثمار لا كالبقول.

وسأل ابن عبد الحكم سحنونًا فقال: لم جعل فيها الجائحة ولا سقي على البائع؟ فقال: لأن معناه أن المشتري يأخذ ذلك شيئًا بعد شيء على قدر الجائحة، ولو دعاه البائع أن يأخذه في يومه لم يكن له ذلك، بل يمهل في ذلك، وهو وجه الشأن.

وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مُفْرَدًا عَنْ أَصْلِهِ فِي بَيْعٍ مَحْضٍ بِخِلافِ الْمَهْرِ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ: فِيهِ الْجَائِحَةُ...

أي: يشترط في وضع الجائحة شرطان:

الأول: أن يكون البيع على الثمرة بانفرادها، وأما إن اشتراها على أصولها فلا جائحة فيها، اشتريت قبل بدو الصلاح أو بعده؛ أما المشتراة قبل فبالاتفاق ، وأما المشتراة بعد فهو المشهور.

وقال أصبغ: أما ما عظم خطره من الثمرة ففيه الجائحة، ويقبض الثمن على الثمرة وعلى الأصل؛ لأن المشتري زاد لها في الثمن، واحتج في «المدونة» للأول بأنه تبع وإن أوجبه الاشتراط فكان كمن ابتاع عبدًا ثم استثنى ماله فهلك ماله ثم رد العبد بعيب أو استحق فإنه يرجع بجميع الثمن، ولا يحط بمال العبد منه شيء.

وظاهر كلامه أنه لو اشترى الثمرة مفردة عن أصلها أن فيها الجائحة، وإن اشتراها مع غيرها ولو كانت تبعًا كمكتري دار فيها ثمر دون الثلث فقد نص في «المدونة»[١] على أنها لا جائحة فيها لكونها تبعًا للكراء، واختلف إذا كانت قد أزهت؛ فقيل: فيها الجائحة، لقوله في «المدونة»: ولم يطب، وعلى هذا اختصر ابن يونس «المدونة»، وقيل: لا جائحة فيها؛ لأنه قال: ومن اكترى أرضًا فيها سواد قدر الثلث فأدنى فاشترطه جاز ذلك ولا جائحة في ثمره فأطلق.

وكلام اللخمي يأتي على الأول؛ لأنه قال: وإن اكترى دارًا فيها ثمرة فاشترطها فإن كانت لم تطب وهي الثلث فأقل فلا جائحة فيها إن سقطت، وإن طابت فأكلها ثم انهدمت الدار غرم ما ينوبها، وإن كانت الثمرة قد طابت فاستثناها وهي الثلث فأكثر كانت فيها الجائحة، وإن أصيب ثلثها رجع بما ينوبه، واختلف إذا كان جميع الثمرة أقل من الثلث

(١) «المدونة» (٣/ ٥٩١).

فأصيب جميعها أو الثلث فأكثر، فقيل: فيها الجائحة كالأولى، وقيل: لا جائحة فيها؛ لأنها تبع، والأول أحسن؛ لأنها مشتراة وليست ملغاة.

ابن يونس: جعل في الدار التبع دون الثلث وهو لمالك، وجعل في الأرض التبع الثلث، وهو لابن القاسم، وهو أصل اختلف فيه قول مالك في كراء الأرض، قال بعد ذلك: وأخذ ابن القاسم بالقول أنه الثلث فأدنى، وأخذ ابن حبيب وابن المواز بما دون الثلث.

الشرط الثاني: أن تكون الثمرة المفردة في بيع محض فلا ترجع الزوجة على زوجها إذا أصدقها ثمرة وأجيحت؛ لأنه مبني على المكارمة، واختار ابن يونس وغيره قول ابن الماجشون لأنا نمنع بيع المهر إذا كان طعامًا قبل قبضه أو رد بعيب إلى غير ذلك من أحكام البيوع، ويؤيده قول ابن القاسم بإيجاب الجائحة في العرية مع أنها ليست بيعًا محضًا.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ؛ الْجَائِحَةُ: مَا لاَ يُسْتَطَاعُ دَفْعُهُ لَوْ عُلِمَ بِه، فَالسَّرِقَةُ لَيْسَتْ بجَائحَة، وفيهَا: لَوْ أَنَّ سَارِقًا سَرَقَهَا فَجَائِحَةٌ، ابْنُ الْمَاجِشُونِ: الْجَائِحَةُ: الآفَةُ السَّمَاوِيَّةُ دُونَ صُنْعِ الآدَمِيِّ، وفيهَا: الْجَيْشُ جَائِحَةٌ...

ما لا يستطاع دفعه عادة ليدخل فيه الجيش؛ إذ لا يستطاع دفعه بخلاف السارق؛ لأنه لو علم به لدفع، فإنه إنما يأخذه على وجه الخفية، فالعلم مانع له من السرقة.

وتبع المصنف الباجي[1] في نسبة هذا القول لابن القاسم، قال: هو في «الموازية».

ونقل ابن أبي زيد أن السارق جائحة، واستشكل بأن السارق لو كان جائحة لكان حفظ الثمرة على بائعها كما يكون عليه سقيها.

وعلى القول الأول في كلام المصنف الأكثر، وأشار ابن عبد السلام إلى أنه المشهور.

وعلى أن السارق جائحة فالجيش أولى؛ ولذلك كان الأحسن بطريقة المصنف في الاختصار أن يقول: وفيها الجيش جائحة، وعلى قول ابن الماجشون لا يكون جائحة، قال الشيخان وغير واحد: وإنما يكون السارق عند ابن القاسم جائحة إذا لم يعرف، وأما إن عرف فيتبعه المشتري مليا أو معدمًا.

---

(١) «المنتقى» (٦/ ١٧٣).

فرع :

فلو لم تهلك الثمرة بل تعيبت كالغبار يعيبها والريح يسقطها قبل أن يتناهى طيبها فينقص قيمتها، ففي «البيان»[١]: المشهور أن ذلك جائحة ينظر إلى ما نقص هل الثلث أم لا؟ وقال ابن شعبان: وهو أحد قولي ابن الماجشون.

والقول الثاني: ليس ذلك جائحة، وإنما هو عيب، والمبتاع بالخيار بين أن يتماسك أو يرد.

فَإِنْ كَانَتْ مِنَ الْعَطَشِ وُضِعَتْ كُلُّهَا

هذا لأن السقي على البائع، فأشبهت ما فيه حق توفية، وكذلك لو كانت بعلا، قال في «المدونة»[٢]: لأنه باعها على حياتها من الماء.

وظاهر قوله: (**وُضِعَتْ كُلُّهَا**) ولو كان ما نقص لا خطب له، وهو ظاهر «المدونة» في كتاب الجوائح؛ لأنه قال: يوضع عنه قليل ما هلك بسببه وكثيره، ولكن لابن القاسم في كتاب الشفعة ما يوهم خلاف ذلك؛ لأنه قال: ولا بأس بشراء شرب يوم أو يومين أو شهر أو شهرين يسقي به زرعه في أرضه دون شراء أصل العين.

مالك: فإن غار أصل الماء فنفد أو نقص بقدر ثلث الشرب الذي ابتاع وضع عنه كجوائح الثمار.

ابن القاسم: وأنا أرى أنه مثل ما أصاب الثمرة من قبل السماء فوضع عنه إن نقص شربه ما عليه فيه ضرر بين، وإن كان أقل من الثلث إلا ما قل مما لا خطب له فلا يوضع لذلك شيء.

فانظر قوله: «إلا ما قل مما لا خطب له» هل مقصور على المشبه وحده أو عليه وعلى المشبه به؟ انتهى كلام ابن عبد السلام.

وجعل ابن راشد هذا فرعًا آخر، وذلك أنه لما ذكر جائحة العطش وأنه توضع مطلقًا قال: تنبيه: ومن اشترى شربًا معلومًا، ففي «المدونة»[٣]: لا بأس [بشراء شرب يوم][٤]،

(١) «البيان والتحصيل» (١٢/ ١٨٠).

(٢) «المدونة» (٣/ ٥٩١).

(٣) «المدونة» (٤/ ٢٤١).

(٤) سقط من ط.

ثم ذكر الكلام السابق.

ومِنْ غَيْرِهِ وُضِعَ الثُّلُثُ فَمَا فَوْقَهُ

أي: من غير العطش، وتصوره واضح، ثم إن وافقه المشتري على أن التالف الثلث فلا إشكال، وإلا فلا بد من إثبات ذلك بأن يحضر عدلان في وقت الشراء بحضرة المتبايعين، ثم ينظران بعد الجائحة، ويشهدان أن ما تلف الثلث فأكثر.

وفِي الْبُقُولِ ثَالِثُهَا كَالثِّمَارِ

هي روايات، والمشهور أنها توضع جائحة البقول وإن قلت؛ لأن إتلافها من العطش.

وروى علي بن زياد وابن أشرس عن مالك: أن جائحتها لا توضع حتى تبلغ الثلث.

وفي «الجلاب»[1]: لا جائحة فيها قلت أو كثرت.

واختلف في الأصول المغيبة؛ مثل الجزر واللفت والبصل والإسفنارية، هل هي كالبقول أم لا؟ ومذهب «المدونة» أنها كالبقول، وألحق ابن القاسم وابن المواز وابن حبيب الموز والمقاتي بالثمار، وألحق أشهب المقاتي بالبقول، فيوضع القليل والكثير.

اللخمي: ولا خلاف أن الجوائح توضع في المقاتي.

ابن راشد: وروي عن مالك أن جائحة الموز توضع مطلقًا، وألحقوا الزعفران والريحان والقرط والقضب بالبقول، وفي قصب السكر ثلاثة أقوال كالبقول، ومذهب «المدونة» فيه عدم القيام بالجائحة، وعلله فيها بأنه إنما يباع بعد أن يطيب، واختلف في ورق التوت، فقال ابن حبيب: هو كالثمار.

وقال ابن القاسم في «العتبية»: هو كالبقول، وهذا إذا كانت الآفة فيه، وأما إذا كانت الآفة من غيره كما لو مات دود الحرير، فقال ابن القاسم: الأشبه أنه جائحة، وشبهه بمن اكترى حمَّامًا أو فندقًا فجلا ذلك البلد ولم يجد من يسكنه، فقال المتقدمون: له أن ينحل عن الكراء.

ابن يونس: وكذلك عندي من اشترى ثمرة في بلد ثم انجلى أهله لفتنة أو نحوها، فإن مصيبة ذلك من البائع؛ لأن المشتري إنما اشتراه لمن يبيعه منه.

---

(١) «التفريع» (٢/ ٥٣١).

ويُعْتَبَرُ ثُلُثُ الْمَكيلَةِ لا ثُلُثُ الْقيمَةِ مُطْلَقًا عَنْدَ ابْنِ الْقَـاسِمِ، فَيُحَطُّ مِنَ الثَّمَنِ قَدْرُ قيمَته مِنْ بَاقيـه كَانَتْ أَقَلَّ مِنَ الثُّلُث أَوْ أَكْثَـرَ، وقَالَ أَشْهَبُ: الْمُـعْتَبَـرُ ثُلُثُ الْقيمَـةِ، فَإِنْ كَانَ مِـمَّا يُحْبَسُ أَوَّلُهُ عَلَى آخرِه كَالْعِنَبِ والرُّطَبِ فَالْمَكيلَةُ باتِّفَاق...

لما كانت الجائحة إنما توضع بشرط أن تبلغ الثلث بيَّنه وقسمه قسمين: قسم لا يحبس أوله على آخره، وقسم يحبس أوله على آخره. وذكر في الأول قولين: الأول لابن القاسم: المعتبر ثلث المكيلة لا ثلث القيمة؛ لأن الجائحة في الثمرة إنما هي في نقص الثمرة لا في نقص ثمنها؛ لأن الثمرة لو مرضت من غير جائحة لم يكن للمشتري قيام، فلو كان ثلث المكيلة يساوي عشر الثمن وضع، ولو كان دون ثلث المكيلة - وهو يساوي تسعة أعشار الثمن - لم يوضع، كما قال في «المدونة» فيمن اشترى مقتاتًا بمائة درهم فأجيح منها بطن ثم جنى بطنين فانتقصت، فإن كان المجاح قدر ثلث النبات قوم في زمانه.

فإن قيل: قيمته ثلاثون لغلاء أوله، والبطن الثاني عشرون، والثالث عشرة لرخص آخره رجع بنصف الثمن.

إلا أنهم اختلفوا في وقت تقويمه على قول ابن القاسم؛ فقال سحنون وابن أبي زمنين: يقوم يوم البيع بقدر قيمة كل بطن في زمانه لا يوم نزول الجائحة.

وقال آخرون: يقوم التالف يوم الجائحة، ثم اختلف هؤلاء: هل يتعجل التقويم فيما بقي من البطون الآن على ما جرى من عرف عادتها، أم يستأنى حتى يجني جميع بطونها، فتقوم على يقين لا على تخمين، واختاره صاحب «النكت»(١)؟

وقوله: (مُطْلَقًا) يحتمل كان يطعم بطنًا أو بطونًا كالمقاتي والورد والياسمين، ويحتمل بلغ ثلث القيمة أم لا، والقول الثاني لأشهب: إن المعتبر ثلث القيمة، وإن كان عشر المكيلة ثم ذكر القسم الثاني أن المعتبر فيه المكيلة؛ لأنه إذا كان يحبس أول الثمرة على آخرها فأجزاؤها متشابهة، فلا وجه لاعتبار القيمة.

وحكى جماعة أيضًا هذا الاتفاق، لكنه مقيد بأن يكون صنفًا واحدًا، ولو كان أصنافًا كالبرني والصيحاني لجرى على الخلاف.

---

(١) «النكت والفروق» (٢/ ٤٨).

فَإِنْ كَانَتْ أَجْنَاسًا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ، فقيلَ: يُعْـتَبَرُ كُلُّ جِنْسٍ عَلَى حِدَةٍ، وقِيلَ: يُعْتَبَرُ ثُلُثُ الْجَمِيعِ. وقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يُعْتَبَرُ نِصَـابُ الْجِنْسِ بِالْمَكِيلَةِ ويُنْسَبُ إِلَى الْجَمِيعِ بِالْقِيمَةِ، فَإِنْ فُقِدَ أَحَدُهُمَا فَلا جَائِحَةَ...

يعني: فإن اشتملت الصفقة على أصناف كـتمر وتين وعنب وأجيح جنس منها، فقال مالك في رواية ابن حبيب: يعتبر كل جنس منها على حدته بما ينوبه من الثمن بناء على أن العقد يتعدد بتعدد المعقود عليه، فكأنه عقد على كل جنس عقداً مفرداً.

والقول الثـاني أن المعتبر ثلث الجـميع، فإن بلغ مـا أجيح ثلث الثمرة وضع من غـير اعتبار بقدر الجائحة من الثمن.

هكذا ذكر صاحب «البيان»(١) هذا القول وعزاه لأشهب، وهو مبني على أن العقد لا يتعدد بتعدد المعقود عليه.

وقال ابن القاسم: إن المجاح من الجنس إنما يوضع بشرطين:

أحدهما: أن تكون قيمة ذلك الجنس الثلث بالنسبة إلى قيمة جميع الأجناس.

الثاني: أن يكون أجيح منه ثلث مكيلته، فإن فقد أحدهما فلا يوضع.

ونسبه المصنف لابن القـاسم كالباجي، ونسبه ابن يونس لابن المواز قـال: وهو كقول ابن القاسم فـيمن اكترى داراً وفيـها ثمر طابت فاشـترطها المكترى، وهي أكـثر من الثلث فذلك جائز، فإن أصيب منها أقل من ثلث الثـمرة أو كانت الثمرة كلها أقل من الثلث فلا جائحة فيها.

ومـقتـضـاه أنه لا نص لابن القاسم فـي عين المسألة، وقـد ذكـر ابن يونس أنه طالع الأمهات في هذه المسألة وعول عليها.

والضمير في (ينسب) عائد على الجنس لا على المصاب منه.

قال في «البيان»(٢): أما لو اشترى حوائط في صفقة واحدة فحكمها في الجائحة حكم الحائط الواحـد إن بلغ المجاح ثلث ثمـرة الجميع وضع عن المبـتاع ثلث الثـمن، كان الذي

---

(١) «البيان والتحصيل» (١٢/ ١٤٥).

(٢) «البيان والتحصيل» (١٢/ ١٤٤ ـ ١٤٥).

أجيح بعض حائط أو من كل حائط، هذا إن كان الثمر من صنف واحد متساويًا في الطيب أو قريبًا بعضه من بعض، واختلف إذا كان بعضه أفضل أو أطيب على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا قيمة في ذلك، وإنما يعتبر ثلث الثمر، وهو قول ابن القاسم.

والثاني: إن بلغ المجاح ثلث الثمر أو أكثر وضع عن المشتري ما ينوب ذلك من الثمن.

وإن أجيح أقل من الثلث لم يوضع عنه شيء وإن كان ذلك من الثمن أكثر من الثلث، وهو قول أصبغ.

والثالث: إن أجيح ما قيمته من ذلك الثلث فصاعدًا وضع، وإن كان عشر الثمرة، وإن كان قيـمة الذي أجيح أقل من الثلث لم يوضع، وإن كان تسـعة أعشار الثـمرة، وهو قول أشهب.

ويَلْزَمُ الْمُشْتَرِيَ مَا بَقِيَ وإِنْ قَلَّ بخِلافِ مَا اسْتُحِقَّ مِنَ الطَّعَامِ لِدُخُولِه عَلَيْهَا

يعني: إذا بقي بعد الجائحة شيء يلزم المشتري بما ينوبه من الثمن ولو قل، بخلاف ما إذا استحق بعض المبيع على ما تقدم.

وفرق المصنف بـينهما بأن الجـوائح متكررة، والمشـتري قد دخل عليـها فيـلزم ما بقي لدخوله عليها، بخلاف الاستحقاق فإنه لندوره مما لم يدخل عليه.

ومَنِ اشْتَرَى عَرِيَّتَهُ فَفِيهَا الْجَائِحَةُ، خِلافًا لأَشْهَبَ

هذه أحسن مما في بعض النسخ ـ عـرية بغير إضافة ـ فإن الخـلاف إنما هو إذا اشتراها المعري أو من يتنزل مـنزلته، فوجـه المشهور أنه مـشترٍ، ووجـه قول أشهب أنه مـعروف، وأطلق الخلاف وهو مقيد بوجهين:

أولهما: أن يكون اشتراها بخرصها؛ إذ لو اشتراها بغيره لكانت كسائر البيوعات.

ثانيهما: أن يكون على ثمر نخلة معينة، ذكره الباجي[1]، إذ لو كانت أوسقًا من حائط فلم يبق إلا مـقدار تلك المكيـلة لزم المبتـاع أداؤها، بمنزلة من أوصى بثـمرة حـائطه يعطى إنسانًا، ولآخر منه بخـمسة أوسق فتلفت الثمرة إلا خـمسة أوسق فإن جميـعها له دون من أوصى له بسائر الثمرة، قاله في «المبسوط».

---

(١) «المنتقى» (٦/ ١٧٦).

ومَن استَثْنَى مِنَ الثَّـمرَةِ مَكيلاً مَعْلُومًا فأُجِيـحَتْ بِمَا يُعْتَبَرُ وُضِعَ مِنَ الْمُسْـتَثْنَى بقَدْرِه، وروي: لا يُوضَعُ شَيْءٌ...

قوله: (**مَكيلاً مَعْلُومًا**) أي: الثلث فأدنى ـ كما تقدم ـ مثاله: لو استثنى عشرة أرادب من ثلاثين فأجيح ثلث الثـمرة، فلا خلاف أنه يحط عن المشتري مقـابل المجاح من الثمن. واختلف: هل يحط ثلث العشرة؟ في ذلك روايتان:

الأولى: أنه يحط.

قال في «البيان»[1]: وهي رواية ابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم عن مالك، وبها أخذ ابن القاسم وأصـبغ، وهذا على القول بأن المستثنى بمنزلة المشـتري؛ لأنه إذا باع حائطًا واستثنى منه عشرة أرادب، فـكأنه في التمثيل على هذا القول قد باع جميع الثـمرة، وفيها ثلاثون إردبًا بعشرة دنـانير، وبعشرة أرادب التي استـثنى، فإن أجيح من ثمر الحـائط نصفه سـقط عن المشتـري نصف الثـمن، وهو نصف العشـرة دنانيـر، ونصف العشـرة أرادب المستثناة؛ لأنها من ثمرة الحائط، وكذلك على هذا القياس.

والثانية: رواية ابن وهب: لا يوضع من العشرة أرادب شيء.

وقال في «البـيان»[2]: لأن المستثنى مبـقى؛ لأنه على هذا القول إنما باع من حائطه ما بقي بعد ما استثنى؛ لأن الذي استثناه أبقاه على ملكه لنفسه ولم يبعه.

وقوله: (**فَأُجِيحَتْ بِمَا يُعْتَبَرُ**) احترز به مما دون الثلث؛ إذ لا يوضع حينئذ من المستثنى بقدره، ويأخذ البائع جميع ما استثنى.

فَإِنْ اشْتَرَى الثَّمَرَةَ مَعَ الأَصْلِ فَلا جَائِحَةَ

هذا ظاهر، وهو مـفهوم مما تقـدم من قوله: (ويشـترط أن يكون مفـردًا عن أصله)، ولعله أعاده ليرتب عليه ما بعده.

ولَوِ اشْتَرَى الثَّمَرَةَ بَعْدَ صَلاحِهَا ثُمَّ الأَصْلَ فَفِيهَا الْجَائحَةُ

أي: لوجوبها بشراء الأصل، ويمكن أن يجري فيها قول بسقوطها من أحد القولين في

(١) «البيان والتحصيل» (١٢/ ١٥٥).

(٢) «البيان والتحصيل» (١٢/ ١٥٥).

أن اللاحقات للعقود تقدر واقعة فـيها، أما لو اشتراها أولاً قبل بدو الصلاح على القطع ثم اشترى الأصل فله إبقاؤها ولا جائحة.

ابن يونس: وتحصيـل المسألة أنه إن اشترى الأصل والثمـرة وهي مزهية فاشـتراها بعد الأصل قولان، أو غير مزهية تبعًا أو غير تبع فلا جائحة في الثمرة.

وإن اشترى بعـضها بعد بعض وهـي غير مزهية فـكذلك لا جائحة فيـها، وإن كانت مزهية فاشتراها بعد الأصل فقولان.

فَإِنِ اشْتَرَى الأَصْلَ ثُمَّ الثَّمَرَةَ بَعْدَ صَلاحِهَا فَقَوْلانِ

هذه عكس التي قبلها ، وهي أن يشتري الأصل أولاً ثم الثمرة، فإن اشتراها قبل بدو صلاحها فـاختلف في جواز شرائها على قولـين، فإذا فرعنا على الجواز فلا جائحـة فيها. انتهى.

وعن هذه الصورة احـترز المصنف بقوله: (بعد بدو صـلاحها)، وهذه المسألة يـتصور فيها إذا استثنى البائع الثمرة قبل زهوها.

خليل: وهي تأتي على المشهـور أن المستثنى مبـقى، وأما على القول بأنه مشـترى فلا يجوز للبائع الاستثناء، والقولان اللذان حكاهما المصنف إذا اشتراها بعد بدو صلاحها لابن القاسم، ومذهـب «المدونة» سقوط الجائحة كـما لو اشتراها مع الأصل بـعد بدو الصلاح، والقول بثبوتها لابن القاسم في «الأَسْدِيَّة» و«الموَّازية».

ابن يونس: كأنه يقول: السقي على البائع فحق التوفية باقٍ عليه.

وإِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايعَانِ فِي جِنْسِ الثَّمَنِ تَحالَفَا وتَفَاسَخَا اتِّفَاقًا

يدخل تحت لفظ المتبايعين كل متبايعين نقدًا أو نسيـئة، سلمًا أو غيره، والأصل فيه ما رواه مالك أنه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يحدث أن رسول الله ﷺ قال: «**أَيُّمَا بَيِّعين تبايعا فالقول ما قال البائع أو يترادان**»[1].

وذكر أبو عمر أنه مشهور عند العلماء تلقوه بالقبول، وبنوا عليه كثيرًا من الفروع، فقد

(١) أخرجه مالك (١٣٥٠) والترمـذي (١٢٧٠) وابن ماجه (٢١٨٦) وأحمد (٤٤٤٥) والدارمي (٢٥٤٩) وأبو يعلى (٤٩٨٤) والبيهـقي في «الكبرى» (١٠٥٩٥) وصححه الألبـاني ـ رحمه الله.

اشتهـر عندهم بالحجاز والعراق شـهرة يستغنى بهـا عن الإسناد، كما اشتـهر حديث: «**لا وصية لوارث**»(١).

وليس في الحديث ذكر التحالف، إلا أن أهل العلم تأولوه على ذلك.

وحكى المصنف وغيره الاتفـاق على التحالف والتفاسخ؛ يعني أنه ليس قـول أحدهما أولى من قول الآخر، ولم يقـر البائع بإخراج سلعتـه بما قال المشتري جملة ولا تفـصيلاً. وحكى ابن حبيب وغيره عن ابن القاسم في الكراء أن القول قول الساكن إن خرج، فيخرج عليه قول في البيع أن يكون القول قول المشتري إن فات المبيع.

وخرج عـبد الحميـد قولاً بأن يكون القول للبـائع مما في «المدونة» فيمن صـبغ الثوب أسود فادعى ربه أنه عقد معه على أن يصبغه أحمر أن القول قول الصباغ مع اختلافهما في الجنس؛ لأن الصباغ يدعي أنه باعه سوادًا، ورب الثوب يدعي أنه اشترى معصفرًا.

وفرق المازري بأن صـاحب الثوب لما دفع ثوبه إليـه فكأنه ائتمنه عليـه، وبأن صاحب الثوب يدعي على الصباغ تعديًا يوجب عليه تعمير ذمته بقيمة الثوب، والأصل عدمه.

وفِي نَوْعِهِ كَذَلِكَ، وقِيلَ: كَمِقْدَارِ الثَّمَنِ

أي: وإذا اختلفـا في نوع الثمن فقـال البائع: بعتك بقـمح، ويقول الآخر: بشعـير، فالمشهور أنهما يتحالفان ويتفاسخان.

قال في «الجواهر»(٢): قيل: يجري مجرى الاختلاف في قدر الثمن.

وهذا هو القول الثاني في كلام المصنف.

اللخمي: وذهب ابن الماجشون إلى أنهما لا يتحـالفان، قال: لأنهما اتفقا على جنس واحد، واختلفا في جودته.

ابن عـبد السـلام: ويحتـمل أن يريد المصنف ما لو ادعى أحـدهمـا سمـراء والآخر محمولة، فقال ابن حبيب: هو كما لو ادعى أحـدهما جيدًا والآخر رديئًا، وكما لو اختلفا

---

(١) أخـرجه أبـو داود (٢٨٧٠) والترمـذي (٢١٢٠) وابن مـاجـه (٢٧١٣) وأحمـد (٢٢٣٤٨) والدارقطني (٣/ ٤٠) والبيهقي في «الكبرى» (١١٩٨٢) من حديث أبي أمامة رضي الله عنه وصححه الألباني ـ رحمه الله.

(٢) «الجواهر» (٢/ ٥٤٤).

في القدر، وذهب فضل بن مسلمة أن الواجب هو التحالف والتفاسخ، فحمله بعضهم على أنهما عنده كالجنسين، وبعضهم على أنهما كالجنس الواحد، إلا أنه على القول بالتحالف والتفاسخ مطلقًا، ولو كان السلم والبيع بالنقد بالخيار، فقال أحدهما: إنا عقدنا على ذكران، وقال الآخر: على إناث.

فرده المازري للاختلاف في الجنس لتباين الأغراض؛ فإن الإناث تراد للنسل، قال: بخلاف ما لو كان الاختلاف في ذكران البغال أو إناثها، فإن ذلك راجع إلى الاختلاف في الصفة؛ لأن إناث البغال لا تراد للنسل.

وإِذَا اخْتَلَفَا فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ فَأَرْبَعٌ: ابْنُ وَهْبٍ: يَتَحَالَفَانِ ويَتَفَاسَخَانِ مَا لَمْ يَقْبِضِ الْمُشْتَرِي السِّلْعَةَ فَيُصَدَّقُ مَعَ يَمِينِه للْيَدِ، ابْنُ وَهْبٍ أَيْضًا: مَا لَمْ يَبِنْ بِهَا للْبَيْنُونَةِ، «الْمُدَوَّنَةُ»: مَا لَمْ تَفُتْ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي لِلْفَوَاتِ، أَشْهَبُ: مُطْلَقًا، وَإِنْ فَاتَتْ فَالْقِيمَةُ، واخْتَارَهُ الْمَازِرِيُّ...

أي: فأربع روايات، ولذلك أسقط التاء، وتصور الأولى واضح، و(**الْيَدِ**) يريد بها الحوز، وتبع المصنف في نسبتها لمالك ابن شاس[1].

ابن عبد السلام: وقد حكى ذلك غير واحد، وهو خلاف ما ذكره ابن أبي زيد والباجي وسند عن ابن المواز أن مالكًا لم يختلف قوله قبل التفرق أنهما يتحالفان ويترادان.

وقوله: (**فَيُصَدَّقُ مَعَ يَمِينِهِ**)، قال في «الموازية»: إلا أن يدعي ما لا يشبه، وكذلك تصور الثانية ظاهر.

وارتفع ابن وهب إما بفعل مضمر؛ أي: وروى ابن وهب، أو على حذف مضاف على أنه خبر لمبتدأ محذوف؛ أي: الثانية رواية ابن وهب، وما في «المدونة» هو المشهور، وسيأتي تفسير الفوات.

زاد في «المدونة»[2]: إذا أتى المشتري بما يشبه من الثمن، قال: وفي تضمين الصناع منها: وثبت مالك على هذا.

زاد في «الواضحة»: وما علمت أن أحدًا اختلف قوله فيها من أصحابه المدنيين.

ابن عبد السلام: الرواية الرابعة للمازري: وبها كان يفتي شيخنا، وأنا أفتي، وهو

(١) «الجواهر» (٢/ ٥٤٤).
(٢) «المدونة» (٣/ ٤٠٦).

معنى قوله: (**واخْتَارَهُ الْمَازِرِيُّ**) لعموم الحديث في قوله: (**يَتَحَالَفَانِ ويَتَفَاسَخَانِ**).

ابن بشير: وحكى بعضهم عن «كتاب ابن حبيب» قولاً خامسًا أن القول قول المشتري ولم يوجد فيه، وتقييده في «المدونة» الفوات بيد المشتري، مفهومه أنه لو فاتت في يد البائع لم يكن القول قوله.

ووقع لابن القصار ما يقتضي أن القول قول المشتري ولم يوجد فيه، فإنه سوى بين فواتها بيد المشتري أو بيد البائع في أن ضمانها منه.

وللقاضي إسماعيل ما يقتضي أنهما يتحالفان.

المازري: وخرج الأصحاب ما إذا فاتت بيد البائع على اختلاف قول مالك في المحبوسة في الثمن، فإن قلنا ضمانها من البائع لا يكون القول قول المشتري؛ إذ لا غرامة عليه.

وإن قلنا ضمانها من المشتري ترجح قوله كما لو كانت في يده، قال: ويعرض هنا بحث آخر، وهو أن المشتري الذي صار راهنًا لا يصدق في مبلغ الدين إذا ادعى أقل من قيمة الرهن، والمرتهن لا يعمر ذمة الراهن بما لم يقر أنه رهن به، وإنما له حبس السلعة، والرهن شاهد على نفسه لا على الذمة على مشهور المذهب، فإن كان المبيع جارية وحدث بها في أيام احتباسها عور - وهو ربع قيمتها - صار هذا الربع قد فات بيد المشتري، فيصدق في مقدار ثمنها كما يصدق في ثمن السلعة جميعها في يده، ويتحالفان في ثلاثة أرباع الجارية التي بقيت منها، ويقع فيها التفاسخ، فيحلف المشتري لينفي عن ذمته ما يطلب البائع منه، ويحلف البائع لئلا يؤخذ من يده الرهن بما لم يقر به مما هو مصدق في كون الرهن ليس برهن فيما هو أقل منه.

وإلى تصديق المشتري في ثمن ما فات والتحالف في ما لم يفت ذهب ابن عبدوس.

ويدل على اعتباره ما رواه ابن ماجه من حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة والمبيع قائم بعينه، فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع**».

ومفهومه: إن لم تكن قائمة لم يترادا فينبغي التحالف.

ويُعْتَبَرُ الأَشْبَهُ عِنْدَ الْفَوَاتِ اتِّفَاقًا، ولا يُعْتَبَرُ وَهِيَ قَائِمَةٌ عَلَى الْمَشْهُورِ، وفِي الْفَوَاتِ

بحَوَالَةِ الأَسْوَاقِ قَوْلانِ...

إذا ادعى أحدهمـا ما يقرب من الصـدق وادعى الآخر ما لا يشـبه فإن كـانت السلعة فاتـت فالقـول قول من ادعى الأشـبه اتفـاقا؛ لأنه أتى بشـاهد العرف على بطـلان دعوى صاحبه، فـيحلف معه، كما لو قـام له شاهد واحد، فإن كانت قائمة فـهل يترجح مدعي الأشبه كالفوات؟ وهو قول مطرف وابن الماجشون، وصوبه الأشياخ أولا لقيام السلعة، وهو المشهور، والقولان لمالك.

ابن بشـير: وهذا ينبغي أن يكون خلافا في حال، فإن ادعى أحـدهما الأشبه، فينبغي ألا يُختلف أن القول قـول من ادعى الأشبه، وإن ادعى الآخر ما هو ممـكن ويتغابن الناس بمثله، فلا يلتفت إلى الأشبه.

وحيث قلنا: إن القول قول مدعي الأشـبه عند الفوات فالفوات يكون بذهاب العين أو بتغير الذات، وهل يكون بحـوالة الأسواق وهو مذهب «المدونة» حتى في المكيل والموزون، أو لا وهو قـول أشهب وعـبد الملك؟ والأقـرب مذهب «المدونة»؛ لأن سكوت البـائع عن طلب الثمن وعن بيان مقداره حتى تتغير سوقها دليل على الكذب.

وَفِي الْبِدَايَةِ ثَالِثُهَا بِالْقُرْعَةِ، وَالْمَشْهُورُ تَقْدِمَةُ الْبَائِعِ .

تصـور كلامـه ظاهر، فوجـه المشهـور وهو قوله في «المدونة» : قـوله عليه الـصلاة والسلام: «**القول ما قال البائع**» ..

لأن الأصل استصحاب ملكه، والمشتري يدعي إخراجه بغير ما رضي به.

والثاني: رواه يحيى عن ابن القاسم في «العتبية»[١]، ووجه مقابله أن البائع مقر بالبيع ونقل الملك للمشتري، ومدع لزيادة والأصل عدمها.

والثالث: ابن عـبد السلام: للأشياخ ولبعضهم أن الحاكم مخير في تعيين المبدأ منهما.

فإن قلت: فهل قـوله في «المدونة» في تضمين الصناع إذا جهل ورثة البائع والمشـتري الثمن فيبدأ بورثة المشتري مخالف للمشهور؟

فالجواب: لا؛ لأن الجهل عندهم يتنزل منزلة الفوات.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٧ / ٤٥٩).

قال في «البيان»[١]: ولو اتفق المتبايعان على مقدار الثمن واختلفا في مقدار المثمون لبدئ بالمشتري؛ لأنه بائع للثمن، ومثله في «العتبية»[٢]، وحكى عن شيوخه خلاف ذلك.

وَفِي كَوْنِهِ أَوْلَى أَوْ وَاجِبًا قَوْلانِ.

أي: في كون تقدمة البائع على جهة الأولوية أو الوجوب قولان، والأقرب الوجوب؛ لأن الحاكم يحكم بتقدمة البائع ولا يحكم بالمندوبات.

وهذان القولان ذكرهما ابن بشير وابن شاس ولم أقف عليهما، ولعلهما أخذا القولين من الخلاف المذكور في تناكلهما.

وَلَوْ تَنَاكَلا فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يُفْسَخُ كَمَا إِذَا تَحَالَفَا، وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: بِمَا قَالَ الْبَائِعُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ تَقْدِيمَهُ أَوْلَى أَوْ وَاجِبٌ...

أي: إذا نكل كل واحد منهما عن اليمين فقال ابن القاسم في «الموازية»[٣]: ينتقض البيع كما ينتقض إذا تحالفا لاستوائهما، وذكره في «المدونة»[٤] عن شريح قاضي علي بن أبي طالب رضي الله عنهما.

وقال ابن حبيب: يمضي البيع بما ادعاه البائع.

ابن يونس: وجهه أن البائع أقوى؛ لأنه المبدأ باليمين، والأصل في كل من كان القول قوله فنكل عن اليمين أن يحلف الآخر، ويكون الأمر على ما قال، فإن نكل كان الأمر على ما قاله الأول. انتهى.

وفرق بأن يمين المدعى عليه تُسقط دعوى المدعي، ونكوله عنها يوجب يمين المدعي، وإذا نكل المدعي ترجح قول المدعى عليه، ولا يحتاج إلى يمين؛ لأنه قد نكل عنها أولا، بخلاف يمين البائع فإنها لا تُسقط دعوى المشتري، بل يبقى مطلوبا باليمين مثلما كان البائع مطلوبا، فلا يلزم من نكوله بعد نكول البائع أن تترجح دعوى البائع عليه، وذكر عبد الوهاب قولا آخر أن القول إذا تناكلا قول المشتري بناء على أنه مقدم باليمين، وبنى المصنف

---

(١) البيان والتحصيل» (٧ / ٤٦١).

(٢) «البيان والتحصيل» (٧ / ٤٦١).

(٣) في ط: المدونة.

(٤) «المدونة» (٣ / ٢٢٣).

تبعا لابن بـشير وابن شاس قول ابن القـاسم على أن تقديم البائع أولى، وقـول ابن حبيب على أنه واجب، وفيـه نظر، فإنا نمنع استلزام الوجـوب لقبول قول البـائع، ونمنع استلزام الأولوية للفسخ.

وَفِي تَحْلِيفِهِ عَلَى دَعْوَاهُ قَوْلانِ.

هذا تفريع على قول ابن حبيب؛ أي: إذا قلنا: البيع يمضي بمـا قاله البائع، فقال أكثر الشيوخ: يقضى للبائع بغير يمين، وهو مقتضى إلحاقه بسائر الدعاوى كما تقدم.

وقال البـاجي(١). لابد من اليمين؛ لأن اليمين الأولى لا يستـحق بها ما ادعاه؛ لأن للمبتاع إسقاطها بيمينه، فلما نكل عنها ثم نكل المشتري لم يكن بد من يمين أخرى.

قال في «البيان»(٢): وهو الصواب.

وإِذَا حَلَفَا افْتَقَرَ إِلَى الْفَسْخِ خِلافًا لِسحْنُونٍ

قال في «المدونة»(٣): وإذا تحالفا ولم يحكم بالفسخ فللمشتري قبولها.

وقال سحنون: بل بنفس التحالف ينفسخ العقد كاللعان.

وذكر بعضهم ثالثا: وهو بقاء العقد بينهما إلا يفسخاه بتراضيهما.

ابن عبـد السلام: ولا ينبغي أن يعد ثالثا، ولا ينبغي أن يختلف فيه، وإذا تراضيا فهو كحكم الحـاكم أو أشد، وهو ظاهر من كـتاب الإجارات، وقـيل: إن كان تحالـفهمـا بأمر الحاكم لم يفسخ حتى يفسخه الحاكم، وإن كان بتراضيهما وقع الفسخ بمجرد أيمانهما، وقيل بعكس هذه التفرقة.

ورفع عبد الحميد الخلاف بين الأولين، فحمل الأول على أن يمينهما كانت لنفي الريبة عن أنفسهما وصدقهما في دعواهما، والثاني على أن يمينهما كانت لينفسخ البيع بينهما.

وثَمرَتُهُ أَنْ يَرْضَى أَحَدُهُمَا بِقَوْلِ الآخرِ.

أي: وثمرة الخلاف، وتصوره ظاهر.

---

(١) «المنتقى» (٦ / ٤٤٢).

(٢) «البيان والتحصيل» (٧ / ٤٦١).

(٣) «المدونة» (٣ / ٩٣).

وذكر الباجي ثالثا أن للمبتاع أن يلزم البائع بما قال دون العكس، وحمل «المدونة»[١] عليه لقوله فيها: إلا أن يشاء المبتاع.

وَيَنْفسِخُ ظَاهِرًا وبَاطِنًا عَلَى الأَصَح.

أي: إذا قلنا بالفسخ بالحكم أو بالتحالف فاختلف: هل ينفسخ العقد في الظاهر والباطن ويأثم الظالم منهما، أو في الظاهر خاصة؟ وهو في نفس الأمر منعقد على ما ادعاه المحق.

وما صححه المصنف ذكر سند أنه ظاهر المذهب، ورجح الثاني بأن أصل المذهب أن حكم الحاكم لا يحل حراما، وسيأتي بيان ذلك في الأقضية.

وأجيب بأن مسألة البيع قد أوجب النبي ﷺ فيها رد البيع، ورد المبيع يوجب انتقاضه، وفيه نظر، لأن النبي ﷺ إنما ردها في الظاهر.

فرع:

إذا بنينا على أنه إنما يفسخ في الظاهر فمن حجة البائع أن يبيع السلعة؛ لأنه يقول: لي في ذمة المشتري دين منعني منه، وقد عثرت على سلعة له، ولا يمكن أخذها من ديني إلا بعد بيعها، فإن ساوت مثل الثمن فلا كلام، وإن ساوت أقل بقي باقي الثمن دينا لي عليه، وإن ساوت أكثر رد الفضلة، وبين أصحاب الشافعي اختلاف: هل يبيع ذلك لنفسه لأجل تعذر الرفع إلى الحاكم في مثل هذا أو يتولى الحاكم البيع؟ والأشبه بظاهر مذهبنا رفعه إلى الحاكم ليتولى البيع عليه، قاله المازري.

ابن عبد السلام: والذي أفهم أنا من قواعد مذهبنا أنه لا يلزمه ذلك، بل له أن يتولى البيع بنفسه.

وَثَمَرَتُه حِلُّ الْوَطْءِ وَغَيْرِه.

أي: فعلى الأصح يحل للبائع الانتفاع بالمبيع وطئا وغيره، ولا يحل ذلك على القول الآخر؛ لأنه على ملك المشتري، إما بما ادعاه هو أو بما ادعاه البائع، وإنما بقي له دين في ذمة المشتري.

وَيَحْلِفُ عَلَى نَفْيِ دَعْوَى خَصْمِهِ، وَقِيلَ: مَعَ تَحْقِيقِ دَعْوَاهُ، فَإِنْ نَكَلَ الثَّانِي فَلا بُدَّ مِنَ

---

(١) «المدونة» (٣ / ٩٣).

الثَّانِي، ولِهَذَا قالَ اللَّخْمِيُّ: لَهُ أَنْ يَجْمَعَهُمَا...

مثاله: لو ادعى البائع أنه باع بعشرة وادعى المشتري أنه اشتراها بثمانية، فيحلف على نفي دعوى خصمه، فيقول البائع: والله ما بعته بثمانية؛ إذ المقصود نفي دعوى الخصم، وهذا القول حكاه اللخمي، واقتصر عليه صاحب «البيان»[١] وأنكره المازري، والمشهور هو القول الثاني، وهو أن كل واحد منهما يحلف في يمين واحدة على نفي دعوى خصمه وإثبات دعواه، فيحلف البائع ما بعته بثمانية ولقد بعته بعشرة، نص عليه فيها في تضمين الصناع، وعلى هذا ففي تقديم المصنف للأول نظر.

وقوله: **(فَإِنْ نَكَلَ الثَّانِي)** وهو المشتري على المشهور **(فَلابُدَّ مِنَ الثَّانِي)** أي: أن يحلف البائع على إثبات دعواه؛ إذ لا يلزم من نفي البيع بثمانية أن يكون حصل بعشرة لجواز أن يكون وقع بتسعة.

وكذلك إذا بنينا على تبدية المشتري، فإذا حلف المشتري ما اشتريت بعشرة، ونكل البائع أن يكون باعها بثمانية، فلابد للمشتري بعد ذلك أن يقول: ولقد اشتريتها بثمانية.

ولما كان في كل من القولين راجحية من وجه ومرجوحية من آخر، فأما راجحية الأول فلأنه لم يلزم الحالف إلا بالقدر المضطر إليه، وأما مرجوحيته فلكونه ألزمه اليمين مرتين.

وأما راجحية الثاني فلكونه ألزمه اليمين مرة واحدة، وأما مرجوحيته فلأنه ألزمه أولا بنفي ما لم يلزمه.

قال اللخمي: الخيرة في ذلك للحالف؛ فإن شاء قلل الأيمان على نفسه فيجمعها أولا، وإن شاء التزم تكرار اليمين فيحلف أولا على النفي ويؤخر يمين الإثبات حتى ينكل صاحبه.

والاخْتِلافُ فِي الرَّهْنِ والْحَمِيلِ كَذَلِكَ.

أي: كالمقدار. فتجيء الأربعة الأقوال وما يتعلق بذلك من الفروع؛ لأن الثمن يزيد بعدمهما ويقل بوجودهما، وهذا هو الظاهر.

وإن كان وقع في المذهب ما يدل على أن الرهن لا حصة له من الثمن، كما سيأتي في باب الرهن.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٧ / ٤٦١).

وإذَا اخْتَلَفَا فِي تَعْجِيله وتَأْجِيله حُكِمَ بالْعرْفِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَكَذَلِكَ، وقِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ، وقِيلَ فِي الْبَعِيدِ وَالْقَرِيبِ كَذَلِكَ...

أي: قال البائع: بعته بنقد، وقال المشتـري: بل بنسيئة، فالقول قول من ادعى العرف مع يمينه إن كان عرف، وإن لم يكن عرف فكذلك؛ أي: يتحالفان ويتفاسخان ما لم تفت، هكذا نقل ابن بشير هذا القول، وقال : إنه الأصل.

وعلى هذا فكلامه يـشتمل على ثلاثة أقـوال، ويحتمل أن يريد بـقوله: وإن لم يكن عرف فكذلك؛ أي: كالاختلاف في الثمن فتأتي الأربعة الأقوال.

وعلى هذا الوجه اقتصر ابن عبد السلام، ويكون قوله: **(وقيل)** قولا خامسا.

ويترجح هذا بأن الغـالب من كلام المصنف إذا قال كذلك أنه إنما يريـد الاختلاف في قدر الثمن، ويرجح الأول موافقة ابن بشير، وأيضا فلأن قوله في القول الآخر، وقيل: في البعيد والقـريب كذلك، إنما يمكن فهمه على أن المراد يتحالفان ويتـفاسخان، ولا يمكن أن يريد فتأتي الأربعة الأقوال؛ لأنه يقال: إن في قوله تفصيلا مشتملا على أربعة أقوال.

وقوله: **(وقِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ)** .

ابن عبـد السلام: ظاهره سواء كانت السلعة قائمة أو فائتـة، وسواء كان فيها عرف أو لم يكن، وهذا يشبه قول ابن القاسم في كتاب الرهن. انتهى.

وهو منصوص لمالك في «الواضحة» من رواية مطرف أن البـائع مصدق مع يمينه فاتت السلعة أو لم تفت.

قـوله: **(وَقِيـلَ فِي الْبَعِـيدِ)** أي: وقيل: إن القول قول البائـع في الأجل البعيد، وأما القريب فكذلك؛ أي: فيتحالفان ويتفاسـخان ما لم تفت كالاختلاف في قدر الثمن، هكذا نقل ابن بشير وصاحب «الجواهر»[1] هذا القول.

تنبيه :

مقتضى كلام ابن بشير وابن شاس أن القول الثاني ليس خلافا للأول؛ لأنهما لما قالا: وقيل: القول قول البائع، قالا: وهو بناء على أن العادة التعجيل.

واعلم أن مسائل الأجل ثلاث:

---

(١) «الجواهر» (٢ / ٥٤٨).

الأولى: أن يختلفا في أصل الأجل، وهي هذه المسألة.

الثانية: أن يتفقا عليه ويختلفا في انقضائه، وهي الآتية؛ أعني قوله: **(وإذا اختلفا في انتهائه)**

والثالثة: أن يختلفا في مقداره، كما لو قال: بعتك إلى شهر، وقال المشتري: بل إلى شهرين.

المــازري: فيجري فيه الخلاف الـذي في مقدار الثمن، قال: ولم يختلف المذهب في هذا.

وحصل في «البيان»[1] المسألة على غير هذه الطريقة، وجمع في المسائل الثلاث ثمانية أقوال:

أحـدها: رواية ابن وهب أنهما يتحالفان ويتفاســخان ما كانت السلعة بيد البائع، فإن دفعها إلى المبتاع كان القول قوله سواء أقر بأجل أو لم يقر به، وهو اختيار سحنون.

الثــاني: يتحالفان ويتفـاسخان ما كانت السلعة بيد البائع، فإن دفعـها إلى المبتاع كان القول قول البائع إن لم يقر بأجل، والقول قول المبتاع إن أقر به.

الثــالث: يتحالفان ويتفاسخان، وإن قـبض المبتاع السلعة ما لم تفت، فإن فاتت كان القول قول البائع إن لم يقر بأجل، وقول المبـتاع إن تقاررا على الأجل أو اختلفا فيه، وهذا أحد قولي مالك وابن القاسم، وهو المشهور عنه.

الرابـع: يتحالفان ويتفاسخان، وإن قبض المبتاع السلعة ما لم تفت، فإن فاتت فالقول قول المشتري وإن لم يقر المبتاع بأجل، وهو قول ابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ.

الخـامس: أن القول قول المشتري إذا ادعى من الأجل ما يشبه ـ كانت السلعة قائمة أو فائتة ـ وروي هذا عن ابن القاسم.

الســادس: أن البائع إن لم يقر بأجل كان القول قوله مـا لم يدفع السلعة، فإن دفعها كان القول قول المشتري.

الســابع: أن البائع إذا لم يقر بأجل فالقول قولـه، وإن دفع السلعة ما كنت قائمة فإن

(١) «البيان والتحصيل» (٧ / ٤٩٩، ٥٠٠).

فـاتت كـان القول قـول المشـتـري، وروي أيضا هذا القـول عن ابن القـاسم، وهو قـول العراقيين.

الثـامن: أن القول قول البائع إن لم يقر بأجل كانت السلعـة قائمة أو فائتة، وإن أقر بأجل كان القول قول المشتري كانت السلعة أيضا قائمـة أو فائتة فلا يتحالفان ولا يتفاسخان في شيء، وهو قول مالك في رواية مطرف عنه.

وإذا اخْتَلَفَا فِي انْتِهَائِه فَقَطْ فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُنْكِرِ التَّقَضِّي

أي: إذا اتفقا على الأجل واخـتلفا هل انقضى أم لا؟ كما لو اتفـقا أن البيع وقع إلى شهر واختلفا هل انقضى أم لا؟ وذلك مستلزم لاختلافهما في أوله، وكان القول قول منكر التقـضي؛ لأن الأصل أن لا معـاملة بينهمـا إلا بعد الثـبوت، وفي تضـمين الصناع: وإن تصادقا على أن الأجل شهران وادعى البائع حلوله وأنكر المبتاع حلف المبتاع وصدق.

زاد في «الواضحة» عن ابن القاسم: وكذلك إن اختلفا في مقداره.

واعلم أن قول المصنف: (**مُنْكِرِ التَّقَضِّي**) أعم فائدة من قول غيره «قول المبتاع»؛ لأن المبتاع كما ينكر التقضي كذلك أيضـا قد ينكر المسلم التقضي، فيكون القول قوله، وكذلك يتصور فيما فيه ضمان.

وإِذَا اخْتَلَفَا فِي قَـبْضِ الثَّمَنِ أَوِ السِّلْعَةِ فَالأَصْـلُ بَقَاؤُهُمَا، ويُحْكَمُ بالْعُرْفِ فِي بَعْـضِهَا كَاللَّحْمِ والْبَـقْلِ إِذَا بَانَ بِهِ، وكَغَيْرِهمَـا إذا طَالَ الزَّمَانُ طُولاً يَقْضِي الْعُرْفُ بِخِـلافِهِ، ويَرْجِعُ إِلَى الْعَوَائِدِ...

يعني: إذا اختـلف المتبايعـان في قبض الثـمن بأن يقول البـائع: ما قبـضتـه، ويقول المشـتـري: بل أقبضتكه، أو السـلعة بأن يقول المشتـري: لم أقبض السلعة، ويقـول البائع: أقبـضتهـا لك - فالأصل بقاؤهمـا؛ أي: بقاء الثمن في ذمـة المشتري وبقـاء السلعة في يد البائع؛ لأن الأصل عدم خروج الـثمن من ذمة المشتري إلا ببينة أو إقـرار، وكذلك المثمون الأصل بقاؤه بيد البائع، ثم ذكر أن العرف يقدم على الأصل في مثل اللحم والبقل، وشبه هذه الأشياء في «المدونة» بالعرف؛ إذ العرف في مثل هذه الأشياء إعطاء الثمن قبل التفرق.

وحكى المازري الاتفاق على اعتبار العادة هنا.

وظاهر كلام المصنف أنه لا فرق في هذه الأشياء بين أن تكثر أو تقل، وهو قول ابن أبي زمنين، ونقله عن ابن القاسم، وأنكر ذلك يحيى بن عمر فيما كثر، وجعله كسائر السلع القول فيه قول البائع.

وقيد المصنف كون القول قول المشتري بالبينونة «كالمدونة»(١) لاتفاق المذهب على رجحان قول المشتري حينئذ، ومفهومه أنه لا يفيد قبلها، وفيه تفصيل إذا قال: دفعته إليه بعد قبض الرطب، فالقول قول الرطاب باتفاق، وإن قال: دفعته قبل قبض الرطب فثلاثة أقوال:

أحدها: أن القول قول البائع، وهو ظاهر قول مالك في «العتبية».

والثاني: أن القول قول المبتاع، رواه ابن القاسم في «الموازية».

الثالث: أن القول قول المشتري في كل ما الشأن فيه قبض ثمنه قبل قبض المثمون، وهو قول ابن القاسم في «الموازية»، حكاه ابن رشد(٢).

وحكى غيره في المسألتين قولين سواء قال: دفعته قبل قبض الرطب أو بعده، أما إن لم يقبض المشتري المثمن وادعى أنه دفع الثمن فلا خلاف أنه لا يعتبر قوله.

وقوله: **(وكَغَيْرِهِمَا)** أي: وكذلك القول قول المشتري في غير البقل واللحم كالدور والعروض مما لم يجر العرف فيه بالقبض، بشرط الطول لشهادة العرف حينئذ؛ لأن البائع لا يصبر إلى مثل هذا الزمان، وهذا هو الأصل أنه يرجع إلى العرف، ووقع في الرواية التحديد بالزمان، فمن ذلك ما قاله ابن حبيب: أما الرقيق والدور والدواب والرباع وشبه ذلك مما لا يباع على الدين ولا على التقاضي، فالقول قول البائع في عدم القبض ما لم يمض لذلك السنة والسنتان، فالقول قول المبتاع ويحلف.

وأما التجارات مما يباع على التقاضي والأجل فالقول قول البائع، ما لم يمض لذلك عشر سنين أو أقل من ذلك مما لا يباع ذلك إليه، فيصدق المبتاع ويحلف، وروى ذلك مطرف وقال به.

وساوى ابن القاسم بين البز والربع وغيره مما عدا الحنطة والزيت، وجعل القول قول

---

(١) «المدونة» (٣ / ٩٣).

(٢) «البيان والتحصيل» (٧ / ٥٠١).

البائع في ذلك كله وإن بعد عشرين سنة حتى يجاوز الوقت الذي يجوز البيع إليه.

ابن محرز وابن يونس وغيرهما: والأصل في هذا أن يحمل على العرف في تلك السلعة ويقضى به، وإلى هذا أشار المصنف بقوله: **(وَيَرْجِعِ إِلَى الْعَوَائِدِ)**، وكذلك قال ابن بشير: إن حظ الفقيه أن يحيل على العوائد.

وَالْمَثْمُونَ كَذَلِكَ.

يحتمل أن يريد: وإن اختلفا في قبض المثمون فكذلك؛ أي: الأصل بقاؤه، لكنه تكرار لقوله في صدر المسألة: **(أَوِ السِّلْعَةَ)**.

والظاهر أنه يريد: والاختلاف في قدر المثمون كذلك؛ أي: ففيه الأربعة الأقوال، وهكذا نص عليه المازري، ويؤيده أن الإشارة في كلامه بـ**(ذَلِكَ)** غالبا إنما هي في الخلاف.

ويؤيده أيضا قوله بعد هذا: والاختلاف في قدر المسلم فيه كالاختلاف في قدر الثمن في النقد أو قدر المبيع.

فشبه بقدر المبيع، ولم يتقدم له ذكر إلا في هذا الموضع على هذا الحمل، ولا يقال: التشبيه في كلامه لإفادة الحكم؛ لأنه قد يفعل ذلك لأنا نقول: التشبيه على ما تقدم هو الأغلب فهو أولى، والله أعلم.

وَإِشْهَادُ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ مُقْتَضٍ لِقَبْضِ الْمَثْمُونِ عُرْفًا عَلَى الْمَشْهُورِ

أي: إذا أشهد المشتري على نفسه بتقرر الثمن في ذمته فذلك موجب لقبض السلعة لشهادة العرف بذلك، فإذا ادعى بعد ذلك أنه لم يقبض السلعة فالقول قول البائع على المشهور، وهل يحلف؟

قال أشهب في «العتبية»[1]: يحلف إن كان بحضرة البيع والإشهاد، قال: وأما إن كف حتى حل الأجل، فقال: لم أكن قبضت السلعة، فلا قول له ولا يمين، والشاذ لابن عبد الحكم أن القول قول المبتاع في عدم القبض.

فرع :

يشبه هذا في ترجيح الفرق إذا أشهد البائع على نفسه بقبض الثمن، ثم قام يطلبه

---

(١) «البيان والتحصيل» (٨ / ٣٤).

وقال: إنما أشهدت على نفسي ثقة مني بالمشتري، فهل يحلف المشتري له؟ فقال ابن المواز: يحلف، وأطلق، وروى ابن حبيب عن مالك وأصحابه أنه لا يحلف، وقال ابن حبيب: إلا أن يأتي بسبب يدل على ما ادعاه أو يتهم فيحلف.

والأكثرون على أن البائع إن قام على المشتري بقرب البيع حلف، وإلا فلا، إلا أن يكون بين المتبايعين قرابة أو صداقة تشبه معها دعوى البائع، فيحلف له المشتري، وإلا لم يحلف.

خليل: وانظر هل يتخرج قول ابن عبد الحكم هنا، أو تتخرج الأقوال التي هنا في اليمين في المسألة السابقة أم لا؟

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي الْخِيَارِ فَثَلاثَةٌ: الْبَتُّ الْمَشْهُورُ: وَالْخِيَارُ؛ وَكَالثَّمَنِ

أي: إذا ادعى أحدهما أنه وقع على البت والآخر على الخيار فثلاثة أقوال:

المشهور: أن القول قول من ادعى البت؛ لأنه الغالب من بيوع الناس.

الثاني لأشهب: أن القول قول مدعي الخيار؛ لأن الأصل عدم انتقال الملك.

ابن بشير: وبه كان يفتي من حقق النظر من أشياخي.

والثالث لبعض الشيوخ: أن ذلك كاختلاف المتبايعين في مقدار الثمن؛ لأن الثمن يختلف بالكثرة والقلة لاختلاف أحوال البيع من بت وخيار.

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي الصِّحَّةِ، فَفِيهَا: فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِيهَا، وَقِيلَ: إِنْ غَلَبَ الْفَسَادُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِيهِ، وَكَذَلِكَ قَالَ سحْنُونٌ فِي الْمُغَارَسَةِ: الْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِي الْفَسَادِ...

إذا اختلفا في الصحة والفساد فالمشهور وهو مذهب «المدونة» أن القول قول مدعي الصحة مطلقا، وقيده ابن أبي زيد وغيره بأن يكون اختلافهما في ذلك لا يؤدي إلى الاختلاف في مقدار الثمن، كقول أحدهم: البيع وقع يوم الجمعة، والآخر ينكره، وأما إذا أدى إلى الاختلاف فيه فيجري على حكم الاختلاف في الثمن.

وفي ابن بشير: إن لم يؤد إلى الاختلاف في مقدار الثمن فالقول قول مدعي الصحة، وإن عده بالاختلاف في مقدار الثمن فطريقان:

إحداهما: أنه يعطى حكم الاختلاف في الثمن.

والثانية: حكم الاختلاف في الصحة والفساد.

وإذا قلنا: إنه كالاختلاف في الثمن فهل يتحالفان أو يحلف أحدهما؟ قولان: ظاهر ما في «الموازية» أنهما يتحالفان كالاختلاف في قدر الثمن، وقال المتأخرون: بل تقال الأيمان، وإذا قلنا بهذا فهل يبدأ بيمين مدعي الصحة رجاء أن ينكل فيفسخ البيع، أو يبدأ بيمين مدعي الفساد فإن نكل تم البيع من غير يمين؟ لهم في ذلك طريقان، وغرض الجميع تقليل الأيمان. انتهى.

وكان القول لمدعي الصحة؛ لأنها الغالبة في التعامل بين المسلمين، أو لأن البيع الصحيح هو الحقيقة، وعلى الأول فينبغي أن يكون القول الثاني تقييدا للأول ليس بخلاف، وهو قول عبد الحميد.

واحتج بقول سحنون في المغارسة: القول قول مدعي الفساد فيها؛ لأن الغالب فسادها في زمانه، وبقول ابن القاسم في «المدونة» في الزوجة إذا أرخى الستر وادعت أنه وطئها فالقول قولها، ولو كان ذلك في نهار رمضان الذي لا يحل الوطء فيه؛ لأن الغالب مبادرة الزوج حينئذ إلى الوطء.

[خليل][(١)]: ولأن ابن القاسم وافق على مسألة المغارسة في رواية حسين وأبي زيد، ولم ينقله في «الجواهر»[(٢)] على أنه خلاف كما فعل المصنف، والله أعلم.

تنبيه:

اعلم أن في اختلاف المتبايعين طريقين:

الأولى: للمتأخرين، وهي ما حكاه المصنف.

والثانية: لابن القصار سوى فيها بين اختلافهما في مقدار الثمن والمثمون وبين الاختلاف في الأجل والرهن والكفيل والبت، وذكر في الجميع ثلاث روايات، وأسقط من الأربعة المتقدمة رواية ابن وهب الثانية اعتبار البينونة مع القبض، ورواها الطرطوشي.

وَالاخْتِلافُ فِي السَّلَمِ كَذَلِكَ إلا أَنْ الْمُسْلَمَ إِلَيْهِ فِي قَبْضِ رأسِ الْمَالِ إِنْ كَانَ عَرَضًا كَالْمُشْتَرِي فِي النَّقْدِ فِي قَبْضِ السِّلْعَةِ وَفِي فَوَاتِهَا...

---

(١) سقط من ط.

(٢) «الجواهر» (٢ / ٥٥٠).

يحتمل أن يشير بذلك إلى اختلافهما في الصحة والفساد، أو اختلافهما في مقدار الثمن، أو إلى جميع ما تقدم، وعلى هذا فيحلف إذا اختلفا في القدر ويتحالفان ويتفاسخان إذا اختلفا في الجنس، وقد صرح في «المدونة»[1] بذلك، وعلى هذا فلابد من تخصيص كلامه بما عدا الاختلاف في مقدار المسلم فيه، فإن المصنف سيذكره، وهذا هو الظاهر.

ولما كان التشبيه يقتضي أن المسلم هو المشتري وأن المسلم إليه هو البائع، بين أن الأمر هنا على العكس، فبين أن المسلم إليه هنا كالمشتري والمسلم كالبائع.

وإنما قلنا: إنه جعل المسلم إليه هنا كالمشتري؛ لأنه ذكر أنه يترجح قوله بالقبض، ثم شرط في قبض رأس المال المرجح لقول المسلم إليه أن يكون عرضا، ثم بين ما يلحق فيه، فقال: (**فِي قَبْضِ السِّلْعَةِ وَفَوَاتِهَا**)، وفي اقتصاره على هذين القولين نظر، بل ينبغي أن يقول: فتأتي الأربعة الأقوال، وفيه أيضا نظر آخر؛ لأن تقييده بالعرض يوهم أن العين ليس كذلك، فعلى هذا لو قبض المسلم إليه رأس المال وهو عين لاتفق على أنه لا يكون القول قوله وليس كذلك، بل القول قوله على رواية ابن وهب في الترجيح بالقبض، وتأتي بقية الأقوال وقد نص على ذلك المازري وسند، ولا خلاف بين العرض وغيره إلا فيما يقع به الفوات؛ ففي العرض بحوالة الأسواق فأعلى، وفي العين خلاف نبه عليه بقوله:

وَإِنْ كَانَ عَيْنًا فَفِي وَقتِ فَوَاتِهِ ثَلاثَة: طُولُ الزَّمَانِ الْكَثِيرِ، أَوْ طُولٌ مَا أَوْ غَيْبَتُهُ عَلَيْه...

الأول من الثلاثة هو المشهور، والثاني ذكره ابن رشد، والثالث للتونسي، قال: والأشبه أنه لا فرق في الدنانير والدراهم بين كثير الطول وغيره؛ لأن الغيبة عليها تُفيت عينها.

والاخْتِلافُ فِي قَدْرِ الْمُسلَمِ فِيهِ كالاختلاف فِي قَدْرِ الثَّمَنِ فِي النَّقدِ أَوْ قَدْرِ الْمَبِيع...

أي: إذا اختلف المسلم والمسلم إليه في قدر المسلم فيه مع اتفاقهما في جنسه وصفته فذلك جار على الاختلاف في قدر الثمن في النقد أو قدر المبيع، فإن كان قبل قبض رأس المال تحالفا وتفاسخا، وإن كان بعد قبضه فالأربعة الأقوال.

وفـي «المدونـة»[١]: القول قـول المسلم إليه عند حلول الأجل إذا ادعى ما يشـبه وإلا فللمشتري إن ادعى ما يشبه، فإن ادعيا ما لا يشبه فقال ابن القاسم في «الموازية»: يحملان على الوسط من سلم الناس يوم تعاقدا.

المـــــازري: وهو المشهـور، وقال في «الأسدية» مـرة بهذا وأخرى بأنهـما يتحـالفان ويتفاسخان.

تنبيه :

وقوله في «المدونة» القول قول المسلم إلـيه عند حلول الأجل، قال ابن المواز: وأما إن اختلفا بقرب مبايعتهما فيتحالفان ويتفاسخان.

وقال ابن حبيب: إذا اختلفا قبل الأجل في كيل الطعام صدق البائع إلا أن يأتي بما لا يشبه فيصدق المبتاع وإلا حمل على الوسط.

ابن يونس: ظاهر هذا خلاف قول محمد؛ إذ قد يكون اختلافهما بقرب مبايعتهما وقد لا يكون، وابن حبيب لم يفصل وابن أبي زيد حمله على الوفاق.

وإِذَا اخْتَلَفـا فِي الْمَوْضِعِ صُدِّقَ مُـدَّعِي مَوْضِعِ الْعَقْـدِ، وإلا فَالْبَائِعُ لأَنَهُ كَـالأَجَلِ، فَإِنْ تَبَاعَدَا وَلَمْ يُشْبِهْ واحدٌ مِنْهُمَا تَحَالَفَا...

أي: فإن اختلفا في المـوضع الذي يقبض فيه السلم، فإن ادعى أحدهمـا موضع العقد فالقول قوله مع يمينه مطلقا على المشهور، وهو مذهب «المدونة»[٢]، وقال سحنون: القول للبائع، ولو ادعى خلافه لأنه غارم.

وقال أبو الفرج: يتـحالفان ويتفاسخـان إذا ادعيا ما يشبه، ولو ادعى أحـدهما موضع التعاقد، وهذا إنما هو إذا كان اختلافهمـا بعد فوات رأس المال، وإلا تحالفا وتفاسخا، نص على ذلك المازري وغيره وقد أهمله المصنف.

وما هو الـفوات؟ فسره المازري بطول الزمان، فقـال: فإن وقع الفوت بطول الزمان،

---

(١) «المدونة» (٣ / ٩٣).

(٢) «المدونة» (٣ / ٩٥).

وفسره سـند بالقبض، وهو ظاهر «المدونة»[١] في هذه المسألة، ونصـها: قلت: أرأيت إن اختلف المسلم إليـه ورب السلم في الموضع الذي يقبض الطعـام فيه فقـال المسلم إليه: إنما قـبضت منك دراهمك على أن أعـطيك الطعام في الفـسطاط، وقـال الذي له السلم: إنما دفـعت إليك على أن أقـبض منـك في الإسكندرية، فـالقـول قـول البـائع؛ لأن الموضع كالآجال.

وظاهره اعتبار القبض.

قـوله: (وإلا) أي: وإن لم يدَّعِ منهما واحد موضع العـقد فالقول للبائع، هو المسلم إليه؛ لأنه غارم كـما أن القول قوله إذا اخـتلفا في الأجل؛ لأن اختلاف البلدان كـاختلاف الآجال خلافا لأبي الفرج، وإنما يكون القول قول البائع إذا أشـبه قوله فقط أو أشبه ما قال كل واحد منهما، وأما إن لم يشبه إلا قول المشتري وحده فيعمل على قوله.

وأما إن ادعيا معا ما لا يشبه فقد نبه عليه بقوله: (فَإِنْ تَبَـاعَدَا) ولم يشبه قول واحد منهما تحالفا؛ أي: وإن تبـاعدا في دعواهما فإن ادعى كل واحد منهما موضعـا بعيدا تحالفا وتفاسخا.

قاله في «المدونة»[٢] و«الموازية» و«الواضحة»؛ لأنه وإن كان الأصل أن يعمل على قول المسلم إليه إلا أن العرف كذبه.

تنبيه :

ما ذكره من قوله: (وإلا فَالْبَـائِعُ) لأنه كالأجل صحيح، وقد نص عليه في «المدونة» كما ذكرنا، لكن يبقى في كـلام المصنف نظر؛ لأنه لم يقدم في الأجل أن القول قول البائع إلا على القول الشاذ فلا تصح الإحالة عليه.

(١) «المدونة» (٣/ ٩٥).

(٢) «المدونة» (٣/ ٩٥).

السَّلَمُ لَهُ شُرُوطٌ : الأَوَّلُ : تَسْلِيمُ جَمِيعِ الثَّمَنِ خَوْفَ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ

في الصحيح أن رسول الله ﷺ قال : « **من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم** » .

واحترز بقوله : (**جَمِيعِ الثَّمَنِ**) مما لو نقد البعض فإنه لا يجوز ، ونص على ذلك في المدونة ، وبه قال محمد وغيره .

ابن راشد : وهو المعروف .

وذكر ابن القصار قولاً بإمضاء ما تناجزا فيه ، وهو مبني على أحد القولين في الصفقة إذا جمعت حلالاً وحراماً .

ولأشهب قول ثالث : يجوز أن يتأخر اليسير لا النصف ؛ لأن اليسير تبع فيعطي حكم متبوعه ، وأشار سند إلى تخريج قول بإجازة تأخير الثلث مما أجازه مالك في « الموازية » في الكراء المضمون إذا نقد الثلثين وتأخر الثلث .

وفرق غيره بأن مالكاً إنما أجاز ذلك في الكراء المضمون للضرورة ؛ إذ الأكرياء يقتطعون أموال الناس ، ولا ضرورة في السلم .

وأجرى اللخمي قولاً بالفرق بين أن يسمى لكل قفيز -مثلاً- ثمناً فيصح ما يقابل المقبوض ، أولا فيبطل الجميع مما تقدم في الصرف من التفصيل لذلك .

وفي تعليل المصنف بخوف الدين بالدين نظر من وجهين :

أحدهما : أن الخوف إنما يستعمل في المتوقع لا في الواقع ، وإن اشترط التأخير فالمحذور واقع، ولا يقال : قوله : (**خَوْفَ الدَّيْنِ**) تعليل لتسليم جميع الثمن ؛ لأن الخوف مع التسليم منتف .

الثاني : أن العلة غير منعكسة ؛ لأن الدين بالدين قد ينتفي ، والمنع باق فيما إذا كان رأس المال سلعة معينة ، وأخرت بشرط لعلة أخرى ؛ لأنه بيع معين يتأخر قبضه .

وَجُوِّزَ الْيَوْمَ وَالْيَوْمَيْنِ بِالشَّرْطِ ، وَفِيهَا : وَثَلاثَةٌ ، وقِيلَ : لا يَجُوزُ

يجوز في (**جُوِّزَ**) أن يُبنى للفاعل ويكون مالك رضى الله عنه ، وأن يبنى لما لم يسم فاعله ، وعليه تكلم ابن عبد السلام وقال : إنما أتى به مبنيا لما لم يُسَم فاعله ؛ لأنه لم يستحسن ذلك لدخوله تحت الدين بالدين .

وما نسبه « للمدونة »(١) من الثلاثة هو في كتاب الخيـار منها ، والقول بأنه لا يجوز تأخيـره بشَرْطٍ يومـاً ولا يومين لابن سحنون ، واختـاره ابن الكاتب وعبـد الحق وصاحب «الكافى»(٢)؛ لأنه ظاهر النهي عن الكالئ بالكالئ .

الباجي(٣) : وإنما يجوز التأخير إلى اليومين والثلاثة على المشهور ، وأما من يجوز السلم إلى هذه المدة فلا يجوز التأخير عنده إلى هذه المدة ؛ لأنه عين الكالئ بالكالئ ، ويجب أن يقبض عند هذا القائل في المجلس أو بالقرب منه .

فَإِنْ أَخَّرَ أَكْثَرَ بِغَيْرِ شَرْطٍ فَقَوْلانِ

أي : أكثر من ثلاثة أيام ؛ يـريد : والثمن من النقدين لما سيـذكره ، والقولان لمالك ، وبالفساد قال ابن وهب ، قـيل : وهو الصواب ، وهو ظاهر « المدونة » [لقوله](٤) فـي السلم الثاني (٥) : إذا ادعى أحدهما الفساد فقال : تأخر شهراً .

وفي السلم الثالث ما ظاهره مخالفة هذا ، فقال : إن تأخر رأس المال أكثر من ثلاثة أيام من غيـر شرط فيـجوز مـا يَحِل الأجل فلا يجوز ، والجـواز قول أشهـب ورجع إليه ابن القاسم في « الموَّازيَّة » .

ولابن وهب قول ثالث : إن تعمد أحدهما تأخيره لم يفسد ، وإلا فسد .

ولابن الماجشون وابن حبيب رابع : إذا مطل المبـتاع للبائع رأس المال أو بعضه حتى حل الأجل ، فالبائع مخـير إن شاء أخذ منه رأس المال أو أعطاه طعامه أو يعطيه حـصة ما نقده خاصة ، وإن كان التأخير بسبب البائع لزمه الطعام كله .

ابن عبـد السلام : والأقرب الفساد ؛ لأنه دين بدين ، وفي معنى تأخيره تأخير النصف فأكثر ، وقيل : يحلف في اليسير بناء على إعطاء اليسير حكم نفسه أو حكم الكثير ، فإن حصل قبض رأس المال حـسا ولم يحصل معنىً ، كمـا لو اطلع المسلم إليه على أن بعض الدراهم ناقص أو زائف ففي « مخـتصر ابن شعبان » : أنه إذا جاء بدرهـم ناقص فاعترف

---

(١) « المدونة » (٣/ ٨١) .

(٢) « الكافي » (ص/ ٤٩) .

(٣) « المنتقى » (٦/ ٣١٠) .

(٤) سقط من ط .

(٥) « المدونة » (٣/ ٩٤) .

الآخر أنه ينتـقص من السلم بقدره ، ولا شك أن هذه الباب أخف من الصـرف ، فكل ما جاز في الصرف يجوز هنا من باب أولى .

والمشهور وهو مذهب « المدونة » : جواز البدل وتأخيره اليومين والثلاثة .

قال أشهب : إلا أن يكونا دخـلا على ذلك ليجيزا بينهما الكالئ بالكالـئ ، وهو تقييد بعض الموثقين ، وهذا عندي لا يعـرف إلا ببينة تشهـد على أصل تعاقدهمـا في الشراء أو بإقرارهما معاً .

المتيطي : وفسر سحنون ما في المدونة بأن الدراهم مكروهة أو زيوفاً ، ولو كانت نحاساً أو رصاصاً ما حل أخذها ، ولا التبايع بها .

أبو عمران : وهو ظاهر المدونة .

وقال في « مختصر ابن شعـبان » : إذا جاء بدرهم ناقص واعترف الآخر به ينتقص من السلم بقدره ، ولا شك أن هذا البـاب أوسع من الصرف ، قيل : ويجـوز التأخيـر اليوم واليومين على قول ابن سحنون المتقدم أيضاً .

أشـــــهب : يجوز تأخـير البـدل أكثر من ثـلاثة أيام بشرط أن يبقى مـن الأجل اليوم واليومين، فإن أخره بشرط أمد بعيد ، فإن عثر على ذلك بعد يوم أو يومين أبطل تراخيهما وأمر بالتناجز والبدل ، وإن لم يعثر على ذلك إلا بعد أيام كثيرة فالعقد فاسد .

أبو بكر بن عبـد الرحمن : العقدة كلها فاسدة ؛ خوفاً من دخولهما على ذلك ابتداءً ، ولم يفسد أبو عمران إلا قدر ما تأخر ويصح ما عداه ، ورأي غيرهما الصحة في الجميع ؛ لصحة العقد أولاً .

وَيَجُوزُ الْخِيَارُ إِلَى مَا يَجُوزُ التَّأْخِيـرُ إِلَيْهِ بِالشَّرْطِ مِنْ غَيْرِ نَقْدٍ ، فلو نَقَدَ - ولَو تَطَوُّعًا - فَسَدَ؛ لأَنَّهُ إِنْ تَمَّ فَسْخُ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ ....

لما بين لزوم حكم العـقد في السلم ذكر حكم الخـيار فيـه ، وذكر أنه يجوز الخـيار في السلم بشرطين :

أولهما : أن يكون إلى ثلاثة أيام فأقل ؛ إذ هو الذي يجوز تأخير النقد إليه .

الثـاني : لا ينقد ولو تطوعاً ، ولو نقد فسد ؛ لأن المسلم إذا نقد وتم العقد كان المسلم

إليه قد أعطى سلعة موصوفة إلى أجل عن ثمن تقرر في ذمته ، وذلك فسخ دين في دين، وعلى هذا فيجوز التطوع بما يعرف بعينه ؛ لأنه لتعيينه ليس ديناً بدين .

فائدة : تشارك هذه المسألة في عدم النقد ولو تطوعاً مسائل : إذا بيعت الأمة على خيار وفيها مواضعة لهذه العلة ؛ لأن الثمن دين على البائع فإذا تم البيع بانقضاء مدة الخيار صار المشترى قـد اقتضى من ذلك الذي دفعه جارية فـيها مواضعة ، وبيع الشيء الغـائب بخيار والكراء على خيار، والأرض غير المأمونة قبل الرى .

وأَمَّا غَـيْرُ النَّقْـدِ فَيَـجُوزُ تَأْخِـيرُهُ لِتَعَـيُّنِه ، وَلَيْسَ دَيْناً بِدَيْنٍ لَكِنَّهُ كُـرِهَ فِـيمَا يُغَابُ عَـلَيْه كَالطَّعَـامِ والثَّوْبِ ، وَقِيلَ : إِذَا لَمْ يُكَلِ الطَّعَامُ وَلَمْ يُحْضَرِ الثَّوْبُ فِي مَجْلِسِ الْـعَقْدِ ؛ إِذْ لَمْ يَبْقَ فِيهِ حَقُّ تَوْفِيَةٍ ....

هذا مستثنى من قوله : (**جَمِيعِ الثَّمَنِ**) أي : إنما يجب تسليم الجميع إذا كان نقداً ، وأما غير النقد فيجوز تأخـيره ؛ لأنه لتعينه لا يكون ديناً ، ثم ذكر أن مالكاً في « المدونة » كره تأخير الثوب والـطعام ؛ يريد : إذا كان التأخير بغير شـرط ، وأما إن كان بشرط فإنه يفسد ، نص عليه في « المدونة » ، وحمل ابن محرز وغيره الكراهة على إطلاقها ، ومنهم من قيدها بما إذا لم يكل الطعام الذي هو رأس المال ولم يحضر الثوب محل العقد ، أما إذا كيل الطعام وأحضر الثوب فقد انتقل ضمـانهما إلى المسلم إليه وصار كالحيوان ، فلا معنى للكراهة .

وإليه الإشارة بقوله : (**وَقِيلَ : إِذَا لَمْ يُكَلِ... إلخ**) ولم يذكر المصنف الحيوان ، ولعله رآه كالعرض كما قال بعضهم .

وقـد ذهب فضل بن سلمـة وبعض القـرويين إلى أنه لا فـرق بين العرض والطعـام إذا أخره، ولـم يكن يذكر المعين بغـير شـرط حل الأجل أم لا ، وأنه جائز مـاض ، وأنه إنما أطلق الجواز في « المدونة » في مسألة الحيـوان ؛ لأنه سئل عن أمر وقع وكرهه في الأخرى ابتداءً ، كما يكرهه في الأولى ، وإليه نحا أبو عمران أيضاً .

وذهب ابن أبي زمنين وجماعة من الشارحين إلى أن مـذهب الكتاب أن تأخير رأس مال السلم بغير شرط المدة الكثيرة على ثلاثة أقـسام ؛ ففي العين يفسخ ، وفي العرض والطعام

يكره فيهما ذلك ولا يفسخ ، وفي الحيوان لا يكره ذلك فيه ولا يفسخ ؛ لأن الحيوان مما لا يغاب عليه .

وقال أبو محمد اللؤلؤي : الطعام أشد ؛ إذ لا يعرف بعينه ، وفرق بين العروض والحيوان لأنهما مما يغاب عليهما ، وهذا على القول بأن مصيبة الحيوان من مشتريه ، وأما على القول بأن مصيبته من البائع فلا فرق بينه وبين العرض .

خليل : وينبغي أن تحمل كراهة الإمام في الطعام على التحريم ؛ لأنه إذا لم يكل لم يكن بينه وبين العين فرق ، وينبغي إذا أحضر الثوب أن يجوز ؛ لأنه بحضوره يتعين ، فلا يكون ديناً بدين ، والله أعلم .

وَيَجُوزُ بِمَنْفَعَةِ مُعَيَّنٍ اتِّفَاقاً

أي : ويجوز أن يكون رأس المال منفعة معين كدار معينة ونحو ذلك .

واحترز بالمنفعة المعينة من المنافع المضمونة فلا يجوز أن تكون رأس المال ؛ لأنه الكالئ بالكالئ .

وحكى المصنف الاتفاق تبعاً لابن بشير ، لكن ذكر المازري أن الشيخ أبا الحسن أشار إلى أن في « الموَّازيَّة » ما يدل على منع شراء المنافع بدين .

فإن قيل : لِمْ أجازوا هنا أن يكون رأس المال منافع معين ومنع ابن القاسم أخذها عن دين ؟

قيل : لأن اللازم في محل المنع فسخ دين في دين ، وهو أشد من ابتداء الدين بالدين.

والْمُجَازَفَةُ فِي الثَّمَنِ فِي غَيْرِ الْعَيْنِ جَائِزَةٌ كَالْبَيْعِ اتِّفَاقاً

يجوز في الثمن ؛ أي : رأس المال أن يكون جزافاً في غير المعين .

ابن عبد السلام : وظاهر كلام القاضي أبي محمد منع كون رأس المال جزافاً لما يتوقع من طرو ما يبطل الثمن فيفضي إلى التنازع .

ابن بشير في «نوازله» : والمذهب كله على خلافه .

وقوله : (**كَالْبَيْعِ**) يحتمل وجهين :

أحدهما : أن يكون قصد الاستدلال على من منع في السلم أن يكون رأس المال جزافاً؛ إذ هو بيع كسائر البيوع .

والثاني : أن يكون قصد الإحالة على ما تقدم من شروط الجزاف ، وما فيه من الخلاف .

والثَّاني : أَلاَّ يَكُونَا طَعَامَيْنِ ولا نَقْدَيْنِ ؛ لِلنَّسَاءِ والتَّفَاضُلِ ، وَلا شَيْءَ فِي أَكْثَرَ مِنْهُ ؛ لأَنَّهُ سَلَفٌ بِزِيَادَةٍ ، وَلا فِي أَقَلَّ مِنْهُ ؛ لأَنَّهُ ضَمَانٌ بِجُعْلٍ ....

الضمير في (**يَكُونَا**) عائد على العوضين ، وتصور كلامه ظاهر ، واختلف في سلم النخيل في الطعام ؛ فمنعه ابن القاسم ، وأجازه سحنون ، وقال ابن سلمة : إن هو أزهى مُنِعَ ، وإلا جاز .

قوله : (**لِلنَّسَاءِ والتَّفَاضُلِ**) النساء يدخل في الجنس والجنسين ، والتفاضل خاص بالجنس الواحد .

قوله : (**وَلا شَيْءَ فِي أَكْثَرَ مِنْهُ**) أي : ولو كان من غير الطعام والنقدين .

ومفهوم قوله : (**فِي أَكْثَرَ مِنْهُ... وَلا فِي أَقَلَّ**) جواز سلم الشيء فيما يساويه ، وفيه قولان : قول بالمنع مطلقاً وهو في « الموَّازِيَّة » ، وعزي أيضاً لأبي بكر الوقار ، ومذهب «المدونة » الجواز بقيد ألا يقصد المسلم منفعة لنفسه ، ففيها : فإن ابتغيت به نفع نفسك لم يجز ؛ يريد : وكذلك إذا ابتغى به نفعهما جميعاً .

وكَذَلِكَ فِي أَجْوَدَ وأَرْدَأَ عَلَى الأَصَحِّ

أي : وكذلك يمتنع سلم الشيء في أجود منه وأردأ على الأصح تنزيلاً للجودة منزلة الكثرة ، والرداءة منزلة القلة ، ورأى مقابل الأصح أن اختلاف الصفة يصير الجنس كالجنسين .

إِلا أَنْ تَخْتَلِفَ مَنَافِعُهُمَا كَجِذْعٍ طَوِيلٍ أَوْ غَلِيظٍ فِي جِذْعٍ يُخَالِفُهُ

هذا استثناء من قوله : (**الأَصَحِّ**) الذي يمتنع فيه سلم الأجود في الأردأ أو بالعكس ، فقال : إلا أن تكون منفعة الأجود والأردأ مختلفة فيجوز حينئذ سلم أحدهما في الآخر ، وما ذكره المصنف قريب مما قاله في « المدونة »[1] من أن الخشب لا يسلم فيها جذع في

---

(١) « المدونة » (٣/ ٥٥) .

جذعين حتى يتبين اختلافهما كجذع نخل غليظ كبير غلظه وطوله ، كذلك في جذوع قصار لا تقاربه فيجوز ، ومنعه ابن حبيب ، وصوبه فضل ؛ لأن الكبير يصنع منه صغار ، فيؤدي إلى سلم الشيء فيما يخرج منه ، وأجيب بأوجه :

أولها : حمل ما في « المدونة » على أن الكبير لا يصلح أن يجعل فيما يجعل فيه الصغار أو أنه لا يخرج منه الصغار إلا بفساد لا يقصده الناس .

ثانيها : أن الكبير من نوع الصغير .

ثالثها : لعياض : المراد بالجذع الصغير المخلوق لا المنجور ؛ لأن المنجور يسمى جائزة لا جذعاً .

وعلى هذا فالكبير لا يخرج منه جذوع بل جوائز ، فلا يلزم عليه سلم الشيء فيما يخرج منه ، لكن قول المصنف : (**كَجَذَعٍ طَوِيلٍ أَوْ غَلِيظٍ**) يقتضي أنه يجوز إذا كان طويلاً فقط ، وهو لا يتأتى فيه الجواب الثالث .

تنبيه :

الجواب الثاني : إنما يصح إذا بنينا على أن الخشب أصناف ، وهو ظاهر كلام ابن أبي زمنين ، فإنه قال : قوله في « المدونة »(١) : « يمتنع سلم جذع في نصف جذع » لو كان الجذع من نوع واحد مثل الصنوبر ، ويكون نصف الجذع من نخل أو نوع آخر غير الصنوبر لم يكن به بأس على أصل ابن القاسم .

وفي « الواضحة » : الخشب صنف وإن اختلفت أصوله ، إلا أن تختلف المنافع والمصارف مثل الألواح والجوائز وشبههما ، وتردد بعضهم في كلام ابن حبيب هذا هل هو موافق لما قاله ابن أبي زمنين أو مخالف؟ لأن ظاهر كلام ابن أبي زمنين الاكتفاء في المخالفة باختلاف الجنسين ، وابن حبيب لم يعتبر إلا المنافع ، لكن لا يبعد أن يريد ابن أبي زمنين أن مطلق اختلاف الجنس لابد معه من قيد اختلاف المنفعة فيتفق قولان :

وَكَالْحِمَارِ الْفَارِهِ فِي الأَعْرَابِيِّ

هذا معطوف على الجائز فهو جائز ، والفراهة عبارة عن سرعة السير ، وضابط هذا أن اختلاف المنفعة تصير الجنس الواحد جنسين ، ولابن القاسم في « الموَّازيَّة » قولان آخران :

(١) « المدونة » (٣/٥٦) .

أحدهما : أنَّ حُمُر مصر كلها صنف رفيعها ووضيعها ، وإن كان بعضها أَسْيَرُ مِنْ بَعْضٍ وأحمل .

عياض : وهو مذهب « المدونة » ، وقال : وتأول فضل على « المدونة » خلافه .

خـليـل : والظاهر ما تأوله فضل فإن بين الحمر عندنا بمصر اخـتلافاً كثيراً قَلَّ أن يوجد ذلك ببلد .

الثـــاني : أن الحُمُرَ كلهـا صنف ، والمشهور أن البغال والحمـير جنس ، وهو مذهب «المدونة » خلافاً لابـن حبيب أنهما جنســان إلا أن يقرب ما بينهمــا ، هكذا حكى القولين جماعة .

ورأى فـضل أن ذلك ليس بخلاف ، وأن كل واحـد تكلم على عـادة بلده وأن بينهمـا بالأندلس اختلافاً بيِّنًا ، وفي مصر الأمر بخلافه .

وليس بظاهر ؛ فإن الاختلاف فيهـا بمصر أظهر ، وعورض مذهب « المدونة » هنا بمنعه في القسمة جمع البـغال والحمير في قسم القرعة ، ولولا أنهـما عنده جنسان لأجاز الجمع بينهما وأجاب ابن يونس وغيره بأنه احتياط في البابين .

ابن عبـد السلام : وهو جواب ضعيف ؛ لأنه جـمع في القسم بين الثياب التي لا شك في أن أجناسها مختلفـة وأن منافعها متباينة كثيـاب الحرير والقطن والصوف والكتان ، فأي احتياط هنا ؟! فإنه يجوز سلم الحرير في الصوف .

واختلف في سرعة السير ، فلم ير محمد ذلك شيئاً .

وقال عبد الملك : إذا اختلفا في سيرهما كاختلاف الخيل جاز سلم أحدهما في الآخر ، قال : لأن فضل السير هو الذي يراد في البغال والحمير .

اللخمي : وهو أحسن ؛ لأنه زيادة فضل يزاد في الثمن لأجله .

وكَالْجَوَادِ فِي حَوَاشِي الْخَيْلِ

الجواد هو الســابق ، قال في « الموَّازيَّة » : وليس الفرس الجـميل السمين العـربي صنفاً حتى يكون جواداً سابقاً .

وقال ابن حـبيب : ليس السمن في الخيل يـوجب الاختلاف ؛ لأن المبتـغى منه السبق

والجودة ، إلا البراذين العراض التي لا جري لهـا ولا سبق ، بل تراد لما يراد لها البغال من الحمل والسير ، فلا بأس أن يسلم الواحد منها في اثنين من خلافه .

وجعل اللخمي الجمال مما تختلف به الخيل بشـرط أن يقابله العدد ، فيجوز سلم حميل في اثنين دونه ؛ لأنه بمعنى المبايعة ، وأما حميل في دونه فلا ، وهو الأظهر .

وَكَذَلِكَ الإِبِلُ

أي : يسلم النجيب في غيره .

ابن عبد السلام : المعتبر عندهم الحمل خاصة ، وليس السبق بمعتبر .

خليل : فسر التونسي النجابة بالجري فقال : النجيبة منها صنف ، وهو ما بان بالجري ، والجمـال صنف ، والدنيء صنف ، وينبغي اعتـبار كل من الحمل والسبق والسـير ، وهو الذي قاله اللخمي .

والْبَقَرُ وَالْمعَزُ

قال المازري : تعتبر النجابة في ذكور البقر بالقوة على الحرث ، وأما إناثها فمذهب ابن القاسم أنها كالذكور إنما تختلف بقوة العمل .

وذهب ابن حبيب إلى أن الإناث إنما يعتبر فيها اللبن .

عياض : وما في « الأسدية » يرد عليه ، وهو المعروف من مذهب ابن القاسم أن الحرث يراعى [فيهما](١) :

تنبيه :

الجواز على مذهب ابن القاسم إنما هو إذا كان في معنى المبايعة ، بأن تسلم البقرة القوية في البقرتين أو أكثر ، أما سلم بقرة قـوية في بقرة ليست كذلك فنص بعضهم على المنع ، وهو ظاهر ؛ لأنه ضمـان بجعل ، وعكســه سلف بزيادة ، لكن نص في « الموَّازيَّة » على خلافه ، فإنه أجاز فيها سلم الفرسين السابقين في فرسين ليسا كذلك .

قوله : (**وَالْمَـعَزُ**) أي : فيعتبر فيه الاختلاف بغزارة اللبن ، حكى المازري على ذلك الاتفاق .

---

(١) في ط : فيها .

خليل : وانظر كيف اعتبروا غزارة اللبن في المعز ولم يعتبرها ابن القاسم في البقر ، ولعل ذلك لأن المعز لا يمكن فيه غير ذلك .

وفيه نظر .

بِخِلافِ الضَّأْنِ عَلَى الأَصَحِّ

فلا يعتبر الاختلاف باللبن في الضأن على الأصح ، وحكاه ابن حبيب عن مالك وأصحابه وقال به ، قال : ولا يُعْرَفُ مِنْ غَزَرِ اللبنِ في الضأن ما يوجب ذلك ، وغير الأصح اعتبار غزارة اللبن في الضأن كالمعز ، وعزاه اللخمي لابن الماجشون .

ابن يونس : وهو ظاهر « المدونة » ، ولا سيما وقد جعل في « المدونة »(١) الضأن والمعز كالجنس الواحد ، قال فيها : ولا تسلم صغار الغنم في كبارها ولا معزاها في ضأنها، ولا ضأنها في معزاها ، لأنها كلها منفعتها اللحم لا الحمولة ، إلا شاة غزيرة اللبن موصوفة بالكرم ، فلا بأس أن تسلم في حواشي الغنم فأطلق .

وقال عبد العزيز بن أبي سلمة : الضأن والمعز صنفان .

وكَذَلِكَ كَبِيرٌ فِي صَغِيرٍ ، وصَغِيرٌ فِي كَبِيرٍ عَلَى الأَصَحِّ بِشَرْطِ أَلا تَكُونَ الْمُدَّةُ تُفْضِي إِلَى مَعْنَى الْمُزَابَنَةِ فِيهِ ، بِخِلافِ صَغِيرِ الآدَمِيِّ عَلَى الأَصَحِّ ....

لما ذكر أن الجنس يختلف بالمنفعة شرع فيما يقع به الاختلاف من الصغير والكبير ؛ أي: وكالاختلاف بالمنافع الاختلاف بالكبر والصغر .

قوله : (**كَبِيرٌ فِي صَغِيرٍ**) يحتمل أن يريد الجنس فيصدق على كبير في صغير وعكسه ، وعلى كبيرين في صغيرين ، وعلى كبير في صغيرين وعكسه ، وعلى صغير في كبيرين وعكسه .

ويحتمل أن يريد الواحد ، ويكون التعدد مأخوذاً منه من باب الأولى ؛ لأن كل من أجاز مع الواحدة أجاز مع التعدد ، والأصح ظاهر « المدونة » ؛ لأن فيها : وتُسْلَمُ كبار الخيل في صغارها ، وكذلك الإبل والبقر ، وعليه حملها ابن لبابة وأبو محمد(٢) وغيرهما واختاره الباجي(٣) .

---

(١) « المدونة » (٣/ ٥٤ - ٥٥) .

(٢) « النوادر والزيادات » (٦/ ١٢) .

(٣) « المنتقى » (٦/ ٢٩) .

وغير الأصح : لا يجوز سلم أحدهما في الآخر مطلقاً ، سواء اتحد أو تعدد .

وفهم بعضـهم « المدونة » عليه ، وهو في « الموازية » ، ففيها : لا خـير في قارح في حولين ، ولا حولين في قارح ، ولا صغير في كبيرين ، وهذا من الزيادة في السلف .

سـنـد : فجعلهمـا جنساً واحداً حتى تختلف المقاصد فـيكون العدد من أحد الجنسين ، والكبير من الجـهة الأخرى ككبير في صـغير ، قال جماعـة : ولا خلاف في جواز هاتين الصورتين .

وعلى هذا ففي كلام المصنف نـظر ؛ لأنه لم يستثنهما ، وهذا إنما يأتي على الاحـتمال الأول ، وهو إرادة الجنس ، أما على إرادة الواحد فيصير مـفهومه الجواز مع التعدد ، وهو مذهب « العتبـية » ، فإن عياضاً وغـيره نقلوا عنها منع سلم صغير في كـبير ، وعلله بأنه زيادة في السلف ، وجـواز سلم صغيـرين في كبـيرين وعكسه ، وجـعل اختـلاف العدد مقصوداً .

واستشكله ابن يونس [1] فقال : جعل صغيرين في كبيرين بمعنى البيع وصغيرا في كبير بمعنى السلف ، ووهم المازري فـي حمل « المدونة » على هـذا ، قال : وسـبب الوهم أنه ذكر أولاً منع صغير في كبير وعكسه ، ثم قال : والذي يشبه التبايع سلم كبير في صغيرين وعكسه ، قال : وكـذلك صغيرين في كـبيرين وعكسه ، وفهم عنـه أنه يفرق بين الواحد والاثنين ، وهو السابق إلى فهم قارئه ، ويمكن أن يوجد بينهـما فرق ، قال : وقد يحتمل ما قاله في الاثنين أنه عطف على أول كلامه بالمنع ، وظاهر كلام المصنف جواز سلم صغير الغنم في كبيرها لتعميمه ، وهو مـذهب ابن وهب في « مختصر ما ليس في المختصر » ، ولذلك جـاز سلم كبش في خـروفين ، ومذهب « المدونة » خـلافه ، فـفيهـا : لا تسلم صغارها في كبـارها ، وسئل ابن القاسم : لِمَ كره مالك ذلك ؟ فقـال : ليس بين الصغير والكبير تفاوت إلا اللحم ولا أرى ذلك شيئاً .

سند : وهذا هو المعروف في المذهب فكان ينبغي للمصنف أن يذكره مع صغير الآدمي ؛ لاتحاد المشهور فيهما ، ولهذا قال ابن القـاسم : الصغار والكبار من سائر الحيوان مختلفان إلا في جنسين خفيفين : الغنم وبني آدم .

قال في « الموَّازيَّة » : والحولي صغير ، والقارح والربع كبير ، وقال ابن حبيب : صغار الحمر ما لم تبلغ الحمل والركوب ، وقال في الإبل : الصغار فيها التي لا حمل لها .

---

(١) الجامع لابن يونس (٨/ ٧٣) .

وقــال البــاجي[1] في البقر : حــد الكبير في الذكور أن يبلغ حــد الحرث ، ومثله في الإناث على قول ابن القاسم ، وعلى قول ابن حبيب أن تبلغ سن الوضع واللبن .

وقوله : (بِشَرْطِ... إلخ) إذا قلت : بجواز سلم الكبير في الصغير وعكسه فهو مشروط بأن لا يكون بينهما من المدة ما يؤدي إلى معنى المزابنة ، فلا يسلم كبير في صغير إلى أجل ينتج فيه الكبيــر صغيراً ، ولا يسلم الصغير في الكبــير إلى أجل يصير فيه الصغيــر كبيراً ، ومعنى المزابنة فيــهما الخطر والقمار ؛ لأنه إذا أعطاه الصــغير في الكبير إلى أجل يكبــر فيه فكأنه قال : اضمن لي هذا إلى أجل كذا فإن مات ففي ذمتك ، وإن سلم عاد إليَّ وكانت منفعته لك ، وإذا أعطاه الكبير في الصغيــر فكأنه أخذ هذا الكبير على صغير يخرج منه ؛ أي : تلده الكبيــرة فصار كمن أسلم شــيئاً فيمـا يخرج منه والمزابنة في تقديم الصــغير في الكبير ؛ لأنه أعطاه الصغيرة في الكبيرة إلى أجل يكبر فيه الصغير .

ابن بشــير : لأنه كمن أخذ صغيراً مشفع ويضمنه حتى يكبر ، والبغال لا تنتج فسلمت من هذا التقدير .

قوله : (بِخِلافِ صَغِـيرِ الآدَمِيِّ) أي : إن صغير الآدمي صنف واحد مع كبيره ؛ فلا يسلم كبـير في صغـير وعكسه ، وســواء اتحد العدد أو اخــتلف ، والأصح حكى المازري الاتفاق عليه .

ومقــابله اختيــار [الباجى[2]][3] ، قال : القيــاس عندي أن يكون صغير الرقــيق جِنساً مخالفاً لكبيره ، واحتج بخلاف المنافع .

ابن عبد السلام : واختياره هو الصواب عندي .

وبِخِلافِ طَيْرِ الأَكْلِ بِاتِّفَاقٍ

يعني : أن طير الأكل لا يجوز سلم صغيرها في كبيرها ولا كبيرها في صغيرها باتفاق، ولكنه مقيد بالصنف الواحد .

ففي « الواضــحة » الديكة والدجاج صنف واحــد صغارها وكـبارها ، والإوز صنف ،

---

(١) « المنتقى » (٦/ ٣٢) .
(٢) في ط : اللَّخْمِيّ .
(٣) « المنتقى » (٦/ ٣١) .

والحمام صنف لا يفترق في ذلك ذكر ولا أنثى ، ولا صغار ولا كبار ، وأخرج بطير الأكل طير التعليم ، فإنه يختلف بسببه ، وهل يختلف بالبيض ؟ قال ابن القاسم : لا .

وقال أصبغ : يختلف ؛ فيجوز على قوله : أن تُسْلَمَ الدجاجة البَيُوضُ في اثنين أو أكثر غير بيوض .

والذُّكُورَةُ والأُنُوثَةُ فِي الآدَمِيِّ مُلْغَاةٌ عَلَى الأَشْهَرِ كَغَيْرِه بِاتِّفَاقٍ

يعني : أن الذكورة والأنوثة لا يختلف بها غير الآدمي من الحيوان باتفاق ، وهل يختلف فيها الآدمي ؟ الأشهر أنه لا يختلف كغيره ، قاله مالك في « المدونة »[1] و« العتبية »[2] .

وأكثر المتأخرين على مقابله ؛ لاختلاف المنفعة ، فإن منفعة الذكور المنفعة الظاهرة ومنفعة الإناث المنفعة الباطنة .

وحكى المازري أن بعضهم خَرَّجَهُ مِنَ الاختلاف فيمن أسلم دجاجة بيوضة في ديكين.

وفيه نظر ؛ لأن الحيوان إنما قيل به للبيض لا للذكورة والأنوثة فقط ، وأن اللخمي خرجه من الاختلاف فيمن حلف بحرية من يملك من الذكور أو الإناث هل تلزمه هذه اليمين أم لا ؟ فمن ألزمه بنى على أنهما جنس فيكون كمن حلف بعتق بعض الجنس ، ومن لم يلزمه بنى على أنهما جنسان ، فلما حلف بعتق الذكور كان كمن لم يعم الجنس ، وهذا مذهب « المدونة » في العتق الأول ، وهو خلاف ما نص عليه في السلم أنهما جنس واحد .

وفيه نظر ؛ لأن غاية ما يستفاد من مسألة الحالف اختلاف الجنسية ، واختلاف الجنسية أعم من اختلاف المنفعة أو اتحادها .

والحاصل مما تقدم من قوله : (الْجَوَادِ) إلى هنا أن الجيد لا يسلم في الرديء لما تقدم أن الجودة والرداءة لا ينقل جنسها على الأصح عن أصله إلا إذا كان معها معاراً آخر ، ولذلك يسلم البعير المعروف بالنجابة في حواشيها كالخيل والبقر القوية على الحرث والعمل في حواشيها ، والشاة الغزيرة اللبن في حواشي الغنم ، والصغير والكبير مختلفان في سائر

---

(١) « المدونة » (٣/ ٥٥) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٧/ ١٨١) .

الحيوان إلا الغنم وبني آدم ؛ لأن المراد من الغنم الغـالب في اللحم ، ومن بني آدم الخدمة في الحال والمآل ، وأما غيرهما فمنافعها شتى كالقوة على الحمل ، والنجابة في الجري .

أبو الـظاهـر : الحيوان ناطق ، وغيره ؛ فالناطق نصـوص المتقدمين : لا يختلف بالكبر والصغر ، وغير الناطق مـأكول وغيره ؛ وغير المأكول اختلف فيهـا المذهب كالخيل والبغال والحمير ، وهو خلاف في شهادة .

والمأكول ثلاثـة : صنف فيه القـوة على الحمل والعـمل كالإبل والبـقر فـلا خلاف أن الصغـير بخلاف الكبـير ، وصنف ليس فيـه منفعة مقـصودة ولا قوة على الحـمل والعمل كالطير الذي للأكـل لا للولادة لا خلاف في تسوية الكبير والصـغير ؛ لأن المقصـود منهما معاً مجرد اللحم ، وصنف لا قوة فيه على الحمل والعمل وفيه منفعة مقصودة وهي الذرية والنسل كالغنم ففيه قولان وهما خلاف في شهادة .

وَالصَّنَائِعُ النَّادِرَةُ فِي الآدَمِيِّ كَالتَّجْرِ وَالْحِسَابِ وَشِبْهِهِ مُعْتَبَرَةٌ بِاتِّفَاقٍ

كلامه ظاهر التصور ، ولا يريد بـ (النَّادِرَةُ) أن تكون الـصنعة قليلة الوجود جداً على ما يتبادر إلى الذهن من هذا اللفظ ، وإنما مراده ما يوجد في بعض الأشخاص دون بعض .

المازري : والتجارة أيضاً تتنوع ، فيجوز أن يسلم تاجر البز في تاجر القطن .

ولعل مراده الاختلاف بمجموع التجارة والحساب فيصح له الاتفاق ، فإن اللخمي وغيره حكى قولاً بأن الحساب لا يختلف به الجنس ، وهو المنقول عن ابن القاسم ، فإنه نقل عنه أنه لا يرى الحساب والكتابة والقراءة توجب الاختلاف .

قوله : (**وَشِبْـهِهِ**) أي : كالخياطة والبناية ، ولا يريد بـ (**شِبْـهِهِ**) الكتابة ، فإن ابن زرقون حكى فيها ثلاثة أقوال :

أحدها : لمالك وابن القاسم عدم اعتبارها في الذكور والإناث .

الثاني : لأصبغ وابن حبيب أنها معتبرة فيهما .

الثـالث : لعيسى عن ابن القاسم أنها معـتبرة في الذكور دون الإناث ، وكان ينبغي أن يقول : شبههما ؛ لأن العطف بالواو يوجب مطلق التشريك إلا أن يريد : مجموعهما .

بِخِلافِ الْغَزْلِ وَالطَّبْخِ إِلا مَا بَلَغَ النِّهَايَةَ

لأن الغزل والطبخ أمـر عام ، وإذا علمته الجارية من يـومها علمته إلا مـا بلغ النهاية ،

فإن بعضهن تبـيع الغزل بوزنه فضة وبعضهن يطبخ أنواعاً فائقـة ، ونص ابن القاسم وغيره على أن الطبخ والغزل والخبز كصنعة واحدة ، فلا خير في طباخة بخبازتين ، وفيه نظر .

وجعل في « الموَّازيَّة » الطبخ والخبز مما تختلف بهما الجواري ، ولم يجعل الغزل وعمل الطيب ناقلاً .

واستشكله التونسي في عمل الطيب ورآه ناقلاً ، وتأوله على علم عمل صنعة الطيب .

وفِي الْجَمَالِ الْفَائِقِ قَوْلانِ

هذا الخلاف إنما هو منقول في الإماء ، والقول بأنه لا ينقل لابن القاسم في « الموَّازيَّة»، والقول بالنقل لأصبغ .

محمد : وهو استحسان ، والقول ما قال ابن القاسم وهو القياس .

وقال المازري : الأصح قول أصبغ ، واختاره التونسي وابن يونس وغيرهما .

ابن عـبد السـلام : وهو الأصح ؛ لأن المراد من الجميلة غـير المراد من غيرها ، إلا أن أصبغ تارة يطلق الكلام في الجمال ، وتارة يقيده بالفائق ، فـإن قيد كلامه بعضه ببعض - وهو الأظهر - كان في الجمــال الفائق قولان كما ذكره المصنف ، وإلا فـفيه ثلاثة أقوال : يفرق في الثالث بين الفائق وغيره بخلاف النقد ، والفائق الشاهي .

وأَمَّا الْمَصْنُوعُ لا يَعُودُ ، فَإِنْ قَدَّمَهُ وهَانَتِ الصَّنْعَةُ كَالْغَزْلِ لَمْ يَجُزْ عَلَى الأَشْهَرِ بِخِلافِ النَّقْدِ ....

لما تكلم ـ رحمـه الله ـ على ما يختلف به الجنس من المنفـعة والخلقة والصنائع المتـعلقة بالآدمي شـرع في الصنائع المتعلقـة بالجمـادات ، ثم إن المصنف تكلم على جـميع أقـسام المسألة، لأنه إما أن يسلم مصنوع في غيره أو العكس ، أو مصنوع في مصنوع أو عكسه ، وبدأ بالمصنوع إذا أسلمه في غير المصنوع .

واحتـرز بـ (**مَـا لا يَعُـودُ**) مما يعود إلى أصله مع بقاء ذاته كقدور النحـاس وشبهها ، وسيأتي ذلك ، ومثل المصنف الصنعة الهينة بالغزل .

و (**الأَشْهَـرِ**) **المازري** : وهو المشهور ، وغيـر الأشهر [أنهما][1] صنفان ، فيـجوز سلم

---

(١) في ط : أنها .

الغزل في أصله ، وأشـار بعض المتأخرين إلى أنه القـياس ، واختـاره ابن يونس ، وحمل سند اتحاد الجنسين على غليظ الغزل ، بخلاف رقيقه لشدة تباين الغزل الرقيق مع أصله .

خـليـل : ويؤيده ما نص عليه في « الموَّازيَّة » أن الغـزل الرقيق صنف ، والغزل الغليظ صنف .

قـوله : (بِخـلافِ النَّقْـدِ) أي : فيجـوز بيع الغزل بالكتان نقـداً ، لكن بشرط أن يكونا معـلومين ، فإن كـانا جزافـاً أو أحدهمـا لم يجز إلا أن يتـبين الفضل بينهـما ، قـاله في «الموَّازيَّة» ، وهو مبني على أنهما جنس واحد فيؤدي إلى المزابنة .

وإِنْ كَثُرَتْ كَالنَّسْجِ جَازَ

هذا قسيم قوله : **(وَهَانَت الصَّنْعَةُ)** .

وقـوله : **(كَـالنَّسْجِ)** أي : يجوز سلم الثوب في الغزل ؛ لاخـتلاف الأغراض وتباين المنافع ، قال في « المدونة »(١) : لا بأس أن يسلم ثوب كتان في كتان أو ثوب صوف في صوف .

أبو محمد : إلا ثياب الخز ؛ لأنها تنفش ، وهذا هو المشهور ؛ لانتفاء توهم المزابنة .

وفي « الموَّازيَّة » : لا يجوز بيع الصوف بالصوف إلا يداً بيد إلا أن يتبين الفضل بينهما، وهو يدل على أن المنسوج أصله جنس واحـد ، وتأوله أبو إسحاق على ما يعـود صوفاً إذا نقض ، واستـبعده سند ؛ لأن التهـمة لا ينظر لصورتهـا ، وإنما ينظر لقوتها ، ويـبعد في المنسوج أن يقصد إلى التعامل على نقض نسجه وغزله ، قال : والمذهب الجواز مطلقاً .

وذكر ابن يونس والمازري عن أشهب : أن النسج ليس بصنعة في الغزل ، وأنه لا يجيز الثوب بالغـزل إلى أجل ولا يداً بيد ؛ للمـزابنة ، إلا أن يتبين الفـضل بينهما ، وقـد جاء لمالك في النسج ما يقوي قول أشهب ؛ لأنه قال فيمن اشترى غزلاً فنسجه ثم فلس المبتاع: إن النسج ليس يفوت به الغزل .

وَإِنْ قَدَّمَ أَصْلَهُ اعتُبِرَ الأَجَلُ

أي : وإن أسلم غير المصنوع فيما يصنع منه نظر إلى الأجل الذي ضربه المتبايعان ، فإن أمكن أن يجـعل فيـه من غيـر المصنوع مثل ذلك المـصنوع منع ؛ لأنه مزابنة ؛ إذ حـاصله

---

(١) « المدونة » (٣/ ٧٢) .

الإجارة بما يفـضل مثـلاً مِنَ الكتان عن الثـوب ، وهو مجهـول ، وإن لم يمكن أن يصنع جاز؛ لانتفاء المانع .

وعدل المصنف عن أن يقـول : وإن قدم غيـر المصنوع إلى قوله : (وَإِنْ قَـدَّمَ أَصْلَهُ) لكونها أشمل ؛ إذ هي تشمل سلم الغزل في الثوب ، وفي كلامه إطلاق ؛ لأن مقتضاه أن الأصل إذا قدم اعـتبـر فيه الأجل سـواء هانت الصنعة أم لا ، ولا يصـح ؛ لأن ما هانت الصنعة فيـه يمتنع سواء قدم أصله عليه أو العكس ، طال الأجل أم لا ، وكـأنه استغنى بما تقدم .

وَالْمَصْنُوعَ يَعُودُ مُعْتَبَرٌ فِيهِمَا

أي : إذا كانت الصنعة يمكن زوالها حتى يعود المصنوع إلى حاله قبل الصنعة كالرصاص والنحاس ، فلابد من اعتبار الأجل .

وقوله : (مُعْتَبَرٌ) أي : الأجل المتقدم .

وقوله : (فِيهِـمَا) أي : في صورتي تقديم المصنوع في أصله ، وتقديم الأصل فيه ، أما اشتراط الأجل فيهما إذا قدم غير المصنوع فظاهر ، وأما إذا قدم المصنوع في غير المصنوع فلا معنى لاشتراط الأجل فيه ؛ إذ يبـعد أن يفسد المصنوع ، ويزيد عليه من عنده ثم يدفعه للمسلـم ، إلا أن يحمل على صورة نادرة ، وهو أن يـكون المصنوع قليل الثمن لقـدمه أو لغير ذلك ، فإذا زالت صنعته ظهرت له صورة ، وفيه بُعْدٌ .

[خـليـل][(١)] : وينبغي أن يكون حكم هذه الصـورة حكم سلم غير المصنوع في غـير المصنوع؛ أي : فلا يجوز في أكثر ؛ لأنه سلف بزيادة ولا في أقل ؛ لأنه ضمان بجعل .

فَإِنْ كَانَا مَصْنُوعَيْنِ يَعُودَانِ نَظَرْتَ إِلَى الْمَنْفَعَةِ

يـعنـي : فإن كان رأس مال السلم والمسلم فيـه مصنوعين من جنس واحد والصنعة مع ذلك يمكن زوالها ؛ أي : يمكن إعادة المصنوع إلى أصله اعتبرت المنفعة ؛ أي : فإن تقاربت منفعتهما منع سلم أحدهما في الآخر ، وإن تباعدت جاز .

مثـاله : أن يسلم مسامـير في سيف أو منارة في إبريق ، وإن تقـاربت جدا منع ؛ لأنه مزابنة كإبريق من نحاس في مثله ، انتهى .

---

(١) في ط : ابن عبد السلام .

وفي [« الموازية »][1]: الحديد كله صنف حتى يعمل سيوفاً أو سكاكين ، فيجوز سلم المرتفع منها في غير المرتفع .

قال فيها : قلت : فما منع من الحديد حـتى يكون سيوفاً وسكاكين ومرآة وغير ذلك ، قال : إذا صنع الحـديد افترق وصـار أصنافاً مـختلفة باخـتلاف المنافع ، وكـذلك النحاس وأصنافه كله صنف واحـد حتى يعمل فـيصير أصنافـاً ، وكذلك غير ذلك من الأشـياء إذا عملت واختلفت منافعها .

وتقييـده بالعودة يوهم أنهمـا لو كانا يعودان لا ينظر إلى المنفعـة ، وليس كذلك بل لا فرق بين ما يعود ومـا لا يعود ، ولهذا لم يجز سلم الرقيق من الثيـاب في الرقيق منها إذا اتحد الجنس بخلاف الرقيق في الغليظ ؛ لتباين المنفعة .

وَفِي السَّيْفِ الْجَيِّدِ بِالرَّدِيءِ قَوْلاَنِ

ذكر هذه المسألة إثر التي قبلها ؛ لأنها داخلة تحت : (**الْمَصْنُوعَيْنِ يَعُودَانِ**) .

ابن عبد السلام : ومذهب « المدونة » الجواز ، ومذهب سحنون المنع .

خليل : لم يجعل في « المدونة » مطلق الجودة والدناءة مقتضـياً للجواز ، بل فيها المنع إلا أن يَبْعُدَ مـا بينهم في الجوهر والقطع كتباعـد الرقيق والثياب ؛ فيـجوز أن يسلم سيف قاطع في سيفين ليس مثله .

ابن يونس : ولم يجزه سحنون ، والصواب الجواز ؛ لتباين المنفعة .

فرع :

منـع في « المـدونة »[2] سلم السيـوف في حديد لا يخرج منه السيـوف ، وقال : لأن الحديد نوع واحد ، قال : ولو أجزنا السيوف في الحديد لأجزت حديد السيوف في الحديد الذي لا يخرج منه سيوف ، ولأجزت الكتان الغليظ في الكتان الرقيق .

أبو الحسن : والمسألة على أربعة أوجه :

أحدها : سلم السيوف في حديد يخرج منه السيوف .

والثاني : سلم السيوف في حديد لا يخرج منه السيوف .

---

(١) في ط : المدونة .

(٢) « المدونة » (٣/ ٧١) .

والثالث : سلم حديد لا يخرج منه السيوف في سيوف .

والرابع : سلم حديد يخرج منه السيوف في سيوف .

وكلها عند ابن القاسم ممنوعة .

وقال سحنون : لا بأس أن يسلم الحديد الذي لا يخرج منه السيوف في سيوف .

ابن عبد السلام : قال عبد الحق : وهو موافق « للمدونة » .

فانظر ما قـاله ابن يونس عن ابن القاسم ، لكن قال ابن بشير : إن مـا تأوله عبد الحق غير صحيح وقد نص في الكتاب على خلافه .

وأجاز يحيـى بن عمر والبرقي سلم السـيوف في حديد لا يخرج منه السـيوف ، ونَظَّر ذلك يحيى بثوب الكتان في الكتان .

وأنكر فضل تنظيره ؛ لأن الثوب لا يعود كتاناً بخلاف السيوف .

واختار اللخمي قول البرقي ، قال : وليس إعادة السيوف حديداً مما يفعله العقلاء .

وقـــولـه في « المـدونة »[(١)] : ولو أجـزت السـيـوف مع الحـديد لأجـزت الكتـان الغليظ . . . . إلخ .

أبو الحسن : يعني بالكتان هنا : الشعر لا الغزل .

سؤال : قد تقرر في المذهب أن اختلاف المنفعة يصير الجنس الواحد جنسين وهو منخرم بما ذكرناه هنا عن « المدونة » .

المـــازري : فاختلفت طريقة الأشياخ في الاعـتذار ؛ فرأى بعضهم أن الدنيء مِنْ هذين النوعين قد يبالغ في عمله بلطافة الصنعة حتى يصير يعمل منه ما يعمل من الآخر .

ورأى بعضهم أن هذا خلاف ظاهر « المدونة » ؛ لأنه قال فيـها : يعمل من أحدهما ما لا يعمل من الآخر ، وأشار إلى أن العذر كون الاختلاف في هذه الصفات المشار إليها ربما وقع فيـها الغلط [وبنى][(٢)] على الاجتهاد [والحدس ، فحـجيته الذريعة][(٣)] لئلا يعـقد السلم على نوع لا تفاوت فيه ، ويقول العاقد : بل فيه تفاوت .

---

(١) « المدونة » (٣/ ٧٣) .

(٢) في ط : وبناء .

(٣) في ط : والحرص بحمية الأربعة .

وَإِنِ اخْتَلَفَ الْجِنْسُ وتَقَارَبَتِ الْمَنْفَعَةُ كَالْبِغَالِ والْحَمِيرِ وثَوْبَيِ الْقُطْنِ والْكتَّانِ فَقَوْلانِ

تصوره واضح ، وقد تقدمت مسألة البغال مع الحمير ، ومذهب ابن القاسم في «المدونة» جواز سلم رفيع القطن في الكتان ، والمنع لأشهب .

واختلف شارحو « المدونة » هل يؤخذ من هذه المسألة الخلاف من هذه القاعدة أو لا ؟ وإنما سبب الخلاف هنا خلاف في حال .

وفِي نَحْوِ جَمَلٍ فِي جَمَلَيْنِ -مِثْلِهِ- أَحَدُهُمَا مُعَجَّلٌ قَوْلانِ

أي : اختلف في جواز سلم جمل في جملين كل منهما مماثل له ، وهو معنى قوله : **(مِثْلِه)** ، و **(مِثْلِه)** مجرور ؛ صفة لجملين .

و (**أَحَدُهُمَا مُعَجَّلٌ**) **أي** : والآخر مؤجل ، والمشهور المنع ؛ لأن المؤخر عوض عنه والمعجل زيادة .

ورأى في الشاذ أن المعجل بالمعجل والمؤخر محض زيادة ، والقولان لمالك .

ابن عبد السلام : وأقربهما جرياً على قواعد المذهب هو المشهور ؛ لأن في هذه المسألة تقدير المنع وتقدير الجواز ، والأصل في مثله تغليب المنع .

وقال المصنف : (**فِي نَحْوِ**) إشارة إلى أن هذا جار في الثياب ومثلها .

وقيد الجملين بالمثلية تحرزاً من أن يكون المعجل مخالفاً لِلجَمَلِ المنفرد فيمتنع ؛ لأنه تختلف الأغراض فيهما حينئذ فيتعلق الغرض بهما أو بالمتعجل ، فإن تعلق بالمتأجل كان سلفاً ، وكان المتعجل منهما زيادة ، وإن تعلق بها جميعاً كان جزءًا مِنَ المنفرد متعلقاً بالمتعجل ، وبقيته مع بقية المتأجل زيادة في السلف .

وأما لو كان عوض أحد الجملين دراهم أو دنانير فقال في « المدونة »[1] : إن عجل الجملان جاز ؛ تأخر النقد أم لا ، وإن تأخر أحد الجملين امتنع ؛ تعجل النقد أم لا ؛ لأنه ربا .

وأَلْزَمَ أَشْهَبَ عَلَيْهِ الْمُغِيرَةُ دِينَاراً لِدِينَارَيْنِ كَذَلِكَ فَالْتَزَمَهُ ولا يَلْزَمُهُ

يحتمل أن أشهب هو المُلْزِمُ للمغيرة ، وكذلك ذكره ابن بشير في كتاب الصرف ،

(١) « المدونة » (٣/ ٧٥) .

ويحتمل أن يكون أشهب مفعولاً مقدماً ، والمغيرة هو الفاعل ، وكذاك ذكره ابن بشير في السلم الثالث ، وهو الذي ذكره المازري وغيره ، وهو الصواب .

ويقع في بعض النسخ تقديم المغيرة ، وهو واضح في هذا المعنى ، ووجه الإلزام أن الزائد إن كان المقصود به المعروف جاز فيهما ، وإلا منع فيهما ، ورد عبد الحق الإلزام بأن الربا في العين أضيق ، لأن الزيادة في العروض نقداً جائزة ، وإلى أجل فيه خلاف .

وقد أجازه الشافعي وغيره بخلاف النقد فإنه أجمع على منع الربا فيه ، إلا ما نقل عن ابن عباس بأنه أجازه فيه ، ويقال : إنه رجع عنه ، وإليه أشار بقوله : (وَلا يَلْزَمُهُ) .

واختلف الشيوخ بناءً على صحة الإلزام ، هل يلزم المغيرة أن يقوله في دينارين معجلين للمعروف أم لا ؟ لأن كلا منها صالح للعوضية ، وليس أحدهما أولى بخلاف مسألة المعجل أحدهما .

ابْنُ الْقَاسِمِ : وَمَنِ اسْتَصْنَعَ طَسْتاً أَوْ سَرْجاً فَسَلَمٌ ، فَيُقَدَّمُ الثَّمَنُ ويُضْرَبُ الأَجَلُ ، وَيَفْسُدُ بِتَعْيِينِ الْمَعْمُولِ مِنْهُ وَالصَّانِعِ ؛ لأَنَّهُ غَرَرٌ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : يَجُوزُ إِنْ شَرَعَ بِغَيْرِ أَجَلٍ

لا شك في الجواز إذا لم يعين الصانع ولا المصنوع منه ، وأنه سلم يجري على أحكام السلم من تقديم الثمن أو تأخيره اليومين والثلاثة ، وضرب الأجل ووصف العمل .

و (**سَلَمٌ**) خبر مبتدأ محذوف ؛ أي : فاستصناعه سلم .

(**وَيَفْسُدُ ...إلخ**) هو مذهب ابن القاسم في « المدونة » ، وما علل به المصنف من الغرر هو في « المدونة » ؛ لأنه اشترى موصوفاً معيناً يخرج من هذا المعين ، فقد يخرج وقد لا يخرج ، وذكر ابن المواز عن أشهب الجواز من غير أجل إذا شرع في العمل ، وفي حكم الشروع عنده أن يتأخر إلى ثلاثة أيام .

وكلام المصنف يقتضي أن قول أشهب خلاف للأول ، وقاله غير واحد .

وذهب بعضهم إلى أنهما متفقان ، وأن ابن القاسم منع إذا كان خروجه يختلف ، وأن أشهب أجاز إذا كان خروجه لا يختلف ، والطست بفتح الطاء وكسرها .

وفي « المقدمات »[١] : السلم في الصناعات إلى أربعة أقسام : إما ألا يعين الصانع والمعمول منه ، وإما أن يعينهما ، وإما ألا يعين الصانع ويعين المعمول منه ، وعكسه .

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٢٨) .

فأما الأول : فهو سلم لا يجوز إلا بضرب الأجل ووصف العمل وتعجيل رأس المال .

وأمـا الثـاني : وهو أن يشترط عمله ويـعين ما يعمل منه - فليس بسلم ، وإنما هو من باب البيع والإجارة في الشيء المبيع ، فإن كان يعرف وجه خروج ذلك الشيء من العمل أو تمكن إعادته للعمل فيجوز على أن يشرع في العمل ، وعلى أن يؤخر الشروع فيه بشرط ما بينه وبين ثلاثة أيام ونحو ذلك ، فإن كان على أن يشرع في العمل جاز بشرط تعجيل النقد وتأخيره ، وإن كان على أن يتأخر الشروع في العمل إلى ثلاثة أيام ونحوها لم يجز تعجيل النقد بشرط حتى يشرع في العمل .

وأما الوجه الثالث : وهو ألا يشترط عمله بعينه ويعين المعمول منه ، فهو أيضاً من باب البيع والإجـارة في المبيع ، إلا أنه يجـوز على تعجيل العـمل وتأخيره إلـى نحو ثلاثة أيام بتعجيل النقد وتأخيره .

وأما الوجه الرابع : وهو أن يشترط عمله دون المعمول منه ، فلا يجوز على حال ؛ لأنه يجتذبه أصـلان متناقضان : أحـدهما لزوم النقد لكون ما يـعمل منه مضمونـاً ، وامتناعه لاشتراط عمل العامل بعينه ، وبالله التوفيق .

وأَمَّا لَوِ اشْتَرَى الْمَعْمُولَ مِنْهُ واسْتَأْجَرَهُ عَلَيْهِ جَازَ

فارقت هذه المسـألة التي قبلهـا بأن التي قبلهـا لم يدخل المبيع في ملك الـبائع ، وهذه دخل في ملكه أولاً ثم آجره على عملها .

وقوله : (جَازَ) هذا على المشهور من جواز البيع والإجارة خلافاً لسحنون في منعه البيع والإجارة إذا كان محل الإجارة في نفس المبيع كما سيأتي إن شاء الله تعالى ، والجواز مقيد بما إذا كان خروجه معلوماً ، وأما إن اختلف مثل أن يبيعه ثوباً على أن على البائع صبغه أو نسجه أو يبيعه خشبة على أن يعملها تابوتاً فهو ممنوع .

وذكر ابن حارث في كتابه الاتفاق عليه ، إلا أنهم فـصلوا فيه بين ما يمكن عوده فيجوز إذا اشترط إعـادته حتى يخرج على الوجـه المشترط كحديد عـلى أن يضربه سيوفـاً لانتفاء الجهالة وبين ألا يمكن عوده فلا يجوز ، كغزل على أن ينسجه للجهل بخروجه ، وإلى هذا أشار بقوله :

وفُرِّقَ بَيْنَ ثَوْب وتَور يُكَمِّلُهُمَا ؛ لأَنَّ التَّوْرَ مُمْكِنُ الإِعَادَةِ

يجوز بناء (**فُرِّقَ**) للمفعول وللفاعل ، ويكون عائداً على مالك ؛ لأنه وقع له هذا في «الموَّازيَّة » .

ووقع في بعض النسخ (**يُكَمِّلُهُمَا**) وفي بعض النسخ (**يَعْمَلُهُمَا**) والمسألة إنما هي في «الموَّازيَّة » على (**يُكَمِّلُهُمَا**) .

وقال ابن عبد السلام : و (**يُكَمِّلُهُمَا**) أقرب إلى النصوص ، قال في « الموَّازيَّة » و«الواضحة » المنع من شراء ثوب نسج البائع أكثره وبقي أيسره على أن على البائع نسج باقيه، وزاد في « الواضحة » ألا يكون الباقي منه يسيرا جدا .

ابن عبد السلام : نقلت كلام ابن حبيب هذا من حفظي ولا إشكال في صحة معناه .

خليل : ولأن نسخة (**يَعْمَلُهُمَا**) راجعة إلى المسألة التي قبلها .

واعلم أن ما ذكره من عدم الجواز إذا لم تمكن الإعادة مقيد باليسير ، وأما الكثير فلا ؛ لأنه إن فسد عمل له من بقيته كاللبن غير المطبوخ .

نص عليه ابن محرز ، وقال : ولابد من الشروع في العمل لئلا يكون معيناً يضمن إلى أجل ، قال : وأما الممكن الإعادة كالرصاص فيجوز وإن كان يسيراً إلا أنه إن لم يأت على ما شرط أمكنه كسره وإعادته ، قال : ولذلك رأوا ضمانه إن هلك من مشتريه ؛ لأنه قد ملكه بالشراء ، وإنما شرط على بائعه صنعة فيه فيضمنه ضمان الصناع .

وأَمَّا نَحْوُ الْقَصَّاب والْخَبَّاز الدَّائِمِ الْعَمَلِ فَقَدْ أُجِيزَ الشِّرَاءُ مِنْهُ إِجْرَاءً لَهُ مَجْرَى النَّقْدِ ، واسْتَقْرَأَ اللَّخْمِيُّ مِنْهُ السَّلَمَ الْحَالَّ ....

هذا مقابل القسم الذي قبله ؛ لأن الأول الصانع فيه غير معين والمصنوع معين ، وهذا الصانع معين والمصنوع غير معين ، ثم هو ينقسم إلى قسمين :

أحدهما : أن يكون الصانع دائم العمل .

والثاني : ألا يكون دائمه .

وذكر المصنف أنهم أجازوا الشراء من الصانع الدائم العمل كل يوم بكذا ، وهذا هو المشهور ، وروي عن مالك المنع ، وعلى المشهور يشترط أن يكون ذلك موجوداً عنده ،

وأن يشرع في الأخذ ولا يشترط فيه ضرب الأجل ، بل يجوز أن يكون مؤجلاً كغيره ، ويجوز أن يكون حالاً ، وسواء قدم النقد في ذلك أو أخره .

وفي « العتبية »[١] عن مالك عن سالم بن عبد الله رضي الله عنه قال : كنا نتبايع اللحم من الجزارين بسعر معلوم نأخذ كل يوم رطلين أو ثلاثة بشرط أن ندفع الثمن إلى العطاء .

مالك : ولا أرى به بأساً إذا كان العطاء معروفاً .

ابن رشد[٢] : ولاشتهارها سميت بيعة المدينة .

وقوله : (**إِجْرَاءً لَهُ مَجْرَى النَّقْدِ**) يحتمل معنيين :

أحدهما - وهو الأقرب - : أنهم جعلوا المسلم فيه هنا كالحال ، ولهذا أجازوا فيه تأخير رأس المال ، وأبطلوا بقيته بموت المسلم إليه .

ابن القاسم : ولو كان سلماً لأخذ من تركته .

والثاني : أنه لما كان الغالب من الصانع الذي هذا شأنه تحصيل ما أسلم إليه ، ولا يعوزه وجوده كما لا يعوز غيره ، صار وجوده عنده كالنقد بالنسبة إلى جميع الناس ، فكما يجوز البيع بالعين على الحلول كذلك ، فلفظ النقد على الثاني مستعمل في الدنانير والدراهم ، وفي الأول مستعمل في مقابلة الأجل .

وروي عن مالك أنه لا يجوز تأخير رأس المال في هذه المسألة ، ورآه من باب الدين بالدين .

واختلف لو نقد أكثر هل للمشتري مقال في الفسخ كاستحقاق الأكثر أو لا مقال له في رد القليل المقبوض كالجائحة؟ وعلى أنه لازم في المقبوض وحده فاختلف هل تقع المحاسبة فيما قبض على مقدار ما لم يقبض من غير نظر إلى الزمان ، أو إنما ينظر إلى قيمة ما شرط قبضه باعتبار زمانه ؟ فقد يكون الربع المقبوض أولاً مساوياً لقيمة النصف ، وهو الأظهر ، والله أعلم .

وذكر المصنف أن اللخمي استقرأ من هذه الصور جواز السلم الحال ، وقد تقدم ما يرد هذا الاستقراء ؛ لأنه إنما أجيز هذا لتيسيره عليهم بخلاف غيرهم .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٧/٢٠٧) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٧/٢٠٨) .

تنبيه :

وأما القسم الثاني وهو ألا يكون مستديم العمل فقال ابن بشير : قد أعطوه حكم السلم وأجازوه للضرورة ، وقال : يشترط أن يكون أصل المسلم فيه يبقى إلى أجل السلم فأبعد ، ويقدم رأس المال ، فإن تعذر شيء من المسلم فيه تعلق بالذمة .

الثَّالِثُ : أَنْ يَكُونَ فِي الذِّمَّةِ لِئَلاَّ يَكُونَ بَيْعُ مُعَيَّنٌ إِلَى أَجَلٍ

وحقيقة الذمـة أمر تقديري يفرضه الذهن وليس بذات ولا صفة لها ، فـيقدر المبيع وما في معناه كأنه في وعـاء عند من هو مطلوب به ، فالذمة هي الأمر التـقديري الذي يجري ذلك المبيع أو عوضه مـجراه ، أي ولا يجوز بيع معين يتأخر قـبضه ؛ لأنه إن لم يكن في ملك البائع ، فالغرر ظاهر ، وإن كان في ملكه فبـقاؤه على تلك الصفة غير معلوم ؛ لأنه يلزم منه الضمـان بجعل ؛ لأن المسلم يزيد في الثمن ليضـمنه له المسلم إليه ، ولأنه إن لم ينقـد الثمن اخـتل شرط السلم ، وإن نقـده كان دائراً بين الثـمن إن لم يهلك والسلف إن هلك .

فإن قـيل : من البياعات ما يجوز بيعه على أن يقبضه المشتري بعد شهر فلم لا أجيز هنا كذلك ؟

قيل : هذا إنما هو في البيع ، وكلامنا في السلم .

فإن قيل : قد أجاز ابن القاسم كراء الدابة المعينة تقبض بعد شهرين ، ويلزم عليه جواز السلم في معين إلى أجل .

قـيل : الفرق أن الدابة المعينة ضمانها من المبتاع بالعقد أو التمكن ، فإذا اشترط تأخيرها كان ضمانها من البائع ، فيلزم ضمان بجعل ، بخلاف منافع العين فإن ضمانها من ربها ، فلم يشترط إلا ما وجب عليه .

الرَّابِعُ : أَنْ يَكُونَ مَقْدُوراً عَلَى تَحْصِيلِهِ غَـالِباً وَقْتَ حُلُولِهِ ؛ لِئَلاَّ يَكُونَ تَارَةً سَلَفاً وَتَارَةً ثَمَناً....

قوله : (**غَالِباً**) **أي** : فلا يعتبر عدمه نادراً ؛ لأن الغالب في الشرع كالمحقق .

وقوله : (**وَقْتَ حُلُولِهِ**) إشارة إلى أنه لا يشترط وجوده قبل ذلك ، وعلى هذا فيجوز السلم فيما له إبار ، وهو مذهب مالك والشافـعي وأحمد خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه في اشتـراط وجوده من حين أسلم فيـه إلى حين وجوده ؛ لاحتـمال الموت والفلس ، ولم

يعتبر أصحابنا ذلك ؛ لأنه من الأمور النادرة .

والظاهر أن العلة التي ذكـرها من كون الـثمن تارة يكون ثمناً وتارةً سلفـاً جاريـة فيـما يعرف بعينه وفيما لا يعرف بعينه ، وإن كـان ابن عبد السلام يقول : السلف لا يمكن فيما لا يعرف بعينه .

ومعنى : (تَارَةً سَلَفاً) إن لم يقدر على تحصيله (وَتَارَةً ثَمَناً) إن قدر على تحصيله .

فَلا يَجُوزُ فِي نَسْلِ حَيَوَانٍ بِعَيْنِه

أي : من أجل كون اشـتراط المسلم فـيه مقـدوراً على تحصيله عند حـلول الأجل امتنع السلم في نسل حيوان معين لفقد الشرط المذكور .

وأجاز اللخمي السلم في نسل حـيوان بعينه على صفة معلـومة إن وجدت ، بشرط ألا ينقـد الثـمن ، وبشـرط قرب الـوضع ، قال : ويخـتلف إذا كـان الموضع بعـيـداً لموضع التحجير، فيجوز على أصل ابن القاسم ، ويمتنع على أصل غيره .

سنـد : وما قاله لا يحتمله المذهب ولا غيـره ؛ لأن ما لا يقدر على تسليمه عند الأجل ولا تعرف له صفة يُعْرَفُ بِهَا يمتنع بيعه ، سواء وصف أم لا ، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع ما في الأرحام من غير تقييد ، ولا يعرف فيه خلاف .

وَلا حَائِطٍ بِعَيْنِه إِلا أَنْ يُزْهِيَ فَيَكُونُ بَيْعاً لا سَلَماً

[وهو معطوف على نسل الحيـوان المعين ، (إلا أن يزهى) فيجوز بيعـه حينئذ ، ويكون بيعا لا سلما][(١)] .

قـال في « المدونة »[(٢)] : ومحمل هذا عند مالك محـمل البيع لا محمل السلم ، ولم يذكر شـروطه ، كما ذكـر ابن شاس[(٣)] وكـما ذكـر في « المدونة » ؛ لأنه ليس من باب السلم، وعلى أن بعضها قد يؤخذ بالقوة .

الأول : أن يُزْهِي ويصير بُسْرا ؛ لأن بيعه قبل الإزهاء غير جائز ؛ للنهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها .

الثاني : أن يذكر القدر من كيل أو وزن أو عدد .

---

(١) سقط من ط .

(٢) « المدونة » (٣/ ٥٧) .

(٣) « الجواهر » (٢/ ٥٥٦) .

الثالث : أن يكون المشترى مما يسعه الحائط .

الرابع : أن يبقى زهوه أو رطبه إلى أجل لا يثمر فيه .

الخامس : أن يكون مؤجلاً .

السادس : أن يذكر ما يأخذ كل يوم ، وهل الأيام متوالية أو متفرقة ، ولا يجوز على أن يأخذ كل يوم ما شاء ، ولو شرط أخذ الجميع في يوم لجاز .

السابع : أن يسلم إلى مالكه ؛ لأن السلم فيه إلى غيره غرر ؛ إذ قد لا يبيعه المالك .

الثامن : أن يشرع في الأخذ حين الشراء أو بعد أيام يسيرة ، قال في « المدونة »(١) : والخمسة عشر يوماً قريب ، وقيل : العشرون قريب ، وقيل : لا يجوز التأخير أصلاً ، وإنما جاز أن يشترط أخذه بسراً أو رطباً لا تمراً ؛ لِبُعْدِ مَا بَيْنَ البُسْرِ والرطب والتتمير ، فيدخله الخطر بخلاف العقد على ما في الحائط جزافاً فله تركه إلى أن يتمر ؛ لأن الجزاف قد تناوله العقد على ما هو عليه ، وقد تسلمه المبتاع بدليل أنه إذا أراد بيعه لم يمنع ولم يبق على البائع فيه ضمان إلا ضمان الجوائح ، وهو خلاف الأصل ، وفي السلم لا يتناوله على ما هو عليه ، وإنما يتناوله على صفة الجوائح ، وهو خلاف الأصل ، وفي السلم لا يتناوله على ما هو عليه ، وإنما يتناوله على صفة غير موجودة فكان غرراً ، وهذه التفرقة هكذا هي الصواب ، وفي ابن بشير العكس ، وهو خطأ على المذهب لا شك فيه ، قاله ابن عبد السلام .

بعض القرويين : وهذه الشروط إنما تلزم إن سموه سلماً ، وأما إن سموه بيعاً فلا يلزم ويكون على الفور ؛ إذ بعقد البيع يجب له قبض الجميع .

فرع :

فإن وقع البيع بشرط البقاء إلى التتمير نُظِرَ فإن وقع البيع عليه وهو رطب وقبضه تمراً قبل أن يطلع على فساده مضى بلا خلاف .

ابن القاسم : وكذلك يمضي إذا غفل عن الاطلاع عليه حتى يتمر ، فإن وقع وهو زهو فتأول ابن شبلون وغيره أنه يفسخ مطلقاً ، وإنما يفوت بما يفوت به البيع الفاسد ، وعلى هذا فيكون المنع على التحريم .

---

(١) « المدونة » (٣/ ٥٧) .

وقال ابن أبي زيد[1]: يمضي إذا نزل ، وعليه أول « المدونة » ، وفسر الفوات الذي في «المدونة» بالقبض ، ومثله في «الواضحة» ، وفسر غيره الفوات بالعقد .

ومـثله في « الموَّازيَّة » ، وعلى هذين فـالمنع على الكـراهة ، وصوب عـبـد الحق وابن يونس تأويل ابن أبي زيد ، وأكثر الشيـوخ على تأويل « المدونة » على ما في « الواضحة » يفسخ ما لم يقبض ولو انقطعت ثمرته قبل الاستيـفاء رجع بحصة ما بقي اتفاقاً ، قاله ابن يونس وغيـره ، وهو خلاف الثمن المضـمون ينقطع بعـدما أخذ بعض سلمـه ، فهذا فـيه اختلاف وسيأتي .

قال عـيسى بن دينار : رجوعه عـلى حسب المكيلة ، وقال القـابسي وابن شبلون وَجُلُّ الأشياخ : بل على القيـمة ؛ لأنه دخل على أن يأخذ شيئاً فشيئـاً ، إلا أن يشترط عليه أن يجـده في يومـه أو يـوم واحـد فـعلى المكيلة ، وهو ظاهـر ، وإذا رجع بالحـصـة فـفي «المدونة»[2]: يجوز أن يأخذ بتلك الحصة ما يشاء من السلع معجلاً ، فإن تأخر لم يجز ؛ أي : لأنه فسخ دين في دين .

ابن أبي زمنين : وذكر بعض الرواة عن ابن القاسم أنه قال : له أن يأخذ بها ما شاء من السلع معجلاً ، إلا ما كان من صنف الثمرة التي أسلم فيها فلا يجوز أن يأخذ منه إلا مثل ما بقي من الكيل ؛ لأنهما يتهمان أن يكونا عملا على التأخير ليأخذ منه أكثر من كيله .

بعض القـرويين : ويجب على هذا ألا يأخذ بما بقي له من رأس مـاله ذهباً عن وَرِقٍ أو بالعكس ؛ لما يخشى أن يكونا عملا على صرف يتأخر .

قال بعضهـم : وإن ذهبت الثمرة بأمر من الله تعالى فينبـغي أن يجوز ذلك كله ، وقد يعترض على من قاس هذا على مـا قاله ابن القاسم في الصرف المستأخر ، فـإن التهمة في فسخ الدين أقوى ؛ لأن فيها دفع قليل في كثير بخلاف الصرف .

بِخِلافِ غَنَمٍ كَثِيرَةٍ ، لا يَتَعَذَّرُ الشِّرَاءُ مِنْ نَسْلِهَا ، أَو مِصْرٍ لا يَتَعَذَّرُ الشِّرَاءُ مِنْ ثَمَرِه

أي : فيجوز السلم فيهما ؛ أي : لأن غنمـاً كثيرة ، أو مصراً من الأمصار العظام سلم

---

(١) « النوادر والزيادات » (٦/ ٧٠) .

(٢) « المدونة » (٣/ ٦١) .

في الذمة حقيقة ، ولو أراد المسلم إليه أن يعطى من غير نسل تلك الأنعام أو من غير ثمرة ذلك الحائط المشترطة فأجراه بعضهم على الخلاف في شرط ما لا يفيده هل يلزم أم لا ؟

ولا يَضُرُّ الانْقِطَاعُ قَبْلَهُ ولا بَعْدَهُ

أي : قبل حلوله ولا بعده كالأشياء التي لها إبار ، وقد تقدم هذا .

بعض القـــرويين : ولو مات المسلم إليه قبل الإبار فلتوقف تركتـه إليه ، ولا يقسم ماله حتى يأخـذ المسلم حقه ، ولو كـان عليه دين يغتـرق تركته تحـاصوا في تركتـه ، وضرب للمسلم بقيمة شيئه في وقته على ما يعرف في أغلب الأحوال من غلاء أو رخص ، قيل : فيوقف ما صار له ثم يشتري له مـا أسلم فيه ، فإن نقص اتبع بالباقي ذمة الميت إن طرأ له مال وإن زاد لم يشـتر له إلا قـدر حقـه ، وترد البقـية إلى من يستـحق ذلك من وارث أو مديان ، ولو هلك الموقـوف لكان من المسلم إليه ؛ لأن له نماءه فعليـه ثواؤه ، ولم يجروا في هذه المسألة مـا وقف للغرماء من مال المفـلس ؛ لأن مسألة السلم لم يحل الأجل فيـها لكون الإبار لم يأت ، ولو حل لجرى فيها حكم ما وقف الغرماء .

فَلَو أَخَّرَهُ حَتَّى انْقَطَعَ فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ فِي الْفَسْخِ والإِبْقَاءِ

فلو أخر المسلم إليه المسلم فيه حتى انقطع وخرج إباره فالمشترى -وهو المسلم- مخير بين فسخ العقد ويأخذ رأس ماله ، وبين إبقاء العـقد إلى قابل ؛ لأن الحق للمبتاع ، ولم يذكر المصنف إلا هذا القول ، وخرج سند الأقوال المذكورة في تأخير البعض .

وكلام المصنف ظاهر في أن المسلم إليه هو المؤخر ، وينبـغي ألا يكون للمسلم تخيير إذا كان التأخير من جهته ؛ لأنه ظلمه بالتـأخير فتخييره بعد ذلك زيادة في ذلك الظلم ، وإلى ذلك أشار ابن عبد السلام .

ويشبه هذه المسألة إذا أسلم فـي أضحية فلم يأت بها البائع حتى فـات زمن الأضحية ، وإذا هرب البائع في السلم ممتنعاً من قبض رأس المال ، وفيها في المذهب اضطراب .

فَلَو قَبَضَ الْبَعْضَ فَستَّةٌ ؛ يَجبُ التَّأْخيرُ إلا أَنْ يَتَرَاضَيَا بالْمُحَاسَبَة ، وقَالَ أَصْبَغُ بعكْسه، وقَالَ سحْنُونٌ : يَجبُ التَّأْخيرُ ، وقَالَ أَشْهَبُ : تَجبُ الْمُحَـاسَبَةُ ، وقيلَ : الْخيَارُ للْمُشْتَرِي ، وقيلَ : إنْ قَبَضَ الأَكْثَرَ جَازَ التَّأْخيرُ ، وإلا وَجَبَت الْمُحَاسَبَةُ

أي : إذا قبض بعض المسلم فيه وتأخر بعضه لفقده وذلك في صورتين :

الأولى : أن يسلم فيما له إبار ثم ينقطع ، وهي التي في « المدونة »[١] وغيرها .

والثانية : أن يسلم في ثمرة قرية مأمونة فتصيب ثمرتها جائحة ، وهي التي ذكر اللخمي فيها الخلاف ، وأما القرية غير المأمونة فحكى عياض وغيره فيها قولين :

أحدهما : وجوب المحاسبة ولا يجوز البقاء لقابل .

والثاني : الجواز ، وصوبه ابن محرز .

عيـاض : وأما لو أجيحت فيلزمه البقاء اتفاقاً ، وأما الحائط المعين فيفسخ فيما بقى اتفاقاً، نقله اللخمي وابن يونس وغيرهما .

وقوله : **(فَسِتَّةٌ) أي** : أقوال :

الأول : أن الحكم وجوب التأخير ، ومن دعا إليه منهما كان القول قوله إلا أن يتراضيا بالمحاسبة ، وهو قول مالك الذي رجع إليه في « المدونة » ، وقول ابن القاسم وسحنون ، وصوبه التونسي ؛ لأن السلم يتعلق بالذمة ، فلا يبطل ببطلان الأجل كالدين ولا يتهمان على قصد البيع والسلف ؛ لأن انقطاعه إنما هو من الله تعالى ، وكذلك لو كان هو رب أحدهما ، فإن التهمة أيضاً منتفية بخلاف ما لو سكت المشتري عن طلب البائع حتى يذهب الإبار فلا يجوز تراضيهما على المحاسبة ؛ لأنهما يتهمان على البيع والسلف ، وهل من شرط تراضيهما بالمحاسبة ألا يكون رأس المال مقوماً ؟

لم يشترط ذلك ابن القاسم واشترطه سحنون ؛ ليأمنا من الخطأ في التقويم ؛ لأنه إذا كان مقوماً جاز أن يكون مخالفاً بالقلة والكثرة فيكون إقالة في البعض على غير رأس المال إلا أن يكون المردود من الأثواب جزءًا شائعاً فيكون المشتري شريكاً للبائع في رأس المال ، وإذا تراضيا على المحاسبة فلا يجوز أن يأخذ بقية رأس ماله عوضاً ولا غيره ؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه ، قاله أبو بكر بن عبد الرحمن والتونسي ، ولم يعتبروا تهمة البيع والسلف للضرر الداخل عليهما بالتأخير .

القول الثاني لأصبغ عكس الأول : تجب المحاسبة إلا أن يتراضيا بالتأخير ، وَضُعِّفَ ؛ لأنه إذا وجبت المحاسبة فليس للمشتري على البائع سوى بقية رأس المال ، فإذا اجتمعا على التأخير لزم فسخ دين في دين ، وأجاب المازري بأن فسخ دين في دين هنا ليس متفقاً عليه ؛ لأنه قد قيل بوجوب التأخير ابتداء .

---

(١) « المدونة » (٣/ ٦٢) .

القول الثالث : وهو قول مالك الأول في « المدونة » ، ونقل عن سحنون أيضاً يجب التأخير ، وليس لهما أن يتراضيا بالمحاسبة ، ووجه ما ذكره التونسي في توجيه الأول .

القول الرابع : لأشهب في « الموّازيّة » : تجب المحاسبة ، ولا يجوز لهما أن يتراضيا على التأخير ؛ لأن الأجل مقصود فيفسخ بفواته ، ولا يجوز لهما أن يتراضيا على التأخير؛ لأنه كفسخ دين في دين ، ويجوز على هذا أخذ عوض عن بقية الثمن ناجزا كالحائط المعين.

الخامس : لابن القاسم في « الموَّازيَّة » : الخيار للمشتري في الفسخ والإبقاء ؛ لأن الحق له.

السادس : أن المسلم إذا قبض أكثره جاز التأخير والمحاسبة ، وإن قبض أقله وجبت المحاسبة ، وعزاه ابن يونس لمالك ، وابن بشير لابن القاسم .

لكن استشكل نقل المصنف له ؛ لأن من نقله إنما نقله في الأقل والأكثر ، وقول المصنف وألا يدخل فيه الأقل والمساوي .

الْخَامِسُ : أَنْ يَكُونَ مُؤَجَّلاً لِئَلاَّ يَكُونَ بَيْعَ ما لَيْسَ عِنْدَكَ إِلَى مُدَّةٍ تَخْتَلِفُ فِيهَا الأَسْوَاقُ عُرْفاً كَخَمْسَةَ عَشَرَ يَوْماً ، وقِيلَ : إِلَى يَوْمَيْنِ ، وقِيلَ : إِلَى يَوْمٍ ...

الشرط الخامس أن يكون المسلم فيه إلى أجل ؛ فلا يجوز الحال ، خلافاً للشافعي لما في الصحيح أنه ﷺ قدم المدينة فوجدهم يسلمون الثمار السنة والسنتين فقال : « **من أسلم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم** » .

وقد تجاذبه كل من المذهبين :

فالأول : رأى أن الشرط مركب من الأجل والمعلومية .

والثاني : رأى أن المقصود من الشرط المذكور إنما هو كونه مضبوطاً إلا أنه لابد من أجل، وإلا لزم ذلك في الكيل والوزن ولا قائل به .

وقوله : (**لِئَلاَّ يَكُونَ... إلخ**) روى الترمذي وصححه **أنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عندك** ، ورواه أبو داود والنسائي أيضاً .

وقوله : (**إِلَى مُدَّةٍ**) بيان للأجل المشترط ، وذلك أن أصحابنا لما اشترطوا الأجل قالوا: إن علة ذلك تحصيل مصلحتين :

إحداهما : في حق البائع وهي دفع القليل ليأخذ ما هو أكثر منه .

والثانية : في الحق المشتري وهو الانتفاع بالثمن ، وقد يحصله بذلك الثمن ثم إن مالكاً اكتفي بهذا القيد في الرواية المشهورة عنه .

قال في « المدونة »(١) : ولم يحد مالك في ذلك حدا ، وهو عين الفقه ، وذكر صاحب « المعونة » عنه رواية أخرى بالاكتفاء بمطلق الأجل .

وروى ابن القاسم تحديد أقل هذه المدة بخمسة عشر يوماً ، وجعل ذلك مظنة اختلاف الأسواق غالباً ، وعلى هذا ففي كلام المصنف نظر ؛ لأنه اكتفي بقول ابن القاسم عن قول مالك ، وجعل الخمسة عشر يوماً مثالاً للمدة الموصوفة ، وليس الأمر عند مالك على هذا، والقول بجواز السلم إلى يوم لمالك في « الموَّازيَّة » ، وباليومين لابن عبد الحكم .

أصبغ : قال : فإن وقع إلى يومين لم يفسخ ؛ لأنه ليس بحرام بيِّنٌ ولا مكروه بيِّنٌ ، واختاره ابن حبيب ، وقال ابن المواز : فسخه أحب إليَّ ، وهو ظاهر « المدونة » عند ابن رشد(٢) .

ومِنْ ثَمَّ قِيلَ : يَجُوزُ السَّلَمُ الْحَال

أي : وَمِنْ إجازة السلم إلى اليوم واليومين خَرَّجَ بعضهم -وهو التونسي- قولاً بجواز السلم الحال ؛ لأن هذه المدة لا تتغير فيها الأسواق غالباً ، وقال غيره : لا يلزم من قال هذا إجازة السلم الحال ؛ لأن قائله اشترط ضرب الأجل ، ولعله اعتقد أن الأسواق تتغير فيه ، ولا يخرج الإنسان قولاً من مسألة نص فيها على ما يناقضه .

ونقل المتيطي أن أبا تمام روى عن مالك إجازة السلم الحال ، فذكر الباجي(٣) عن عبد الوهاب أنه قال : اختلف أصحابنا في تحرير المذهب ، فمنهم من حكى رواية بجواز السلم الحال ، ومنهم من قال : الأجل شرطٌ روايةً واحدة ، وإنما اختلفت الرواية عنه في مقدار الأجل .

إلا أَنْ يُعَيِّنَ الْقَبْضَ بِبَلَد آخَر فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الأَجَلُ الْمَسَافَةَ وَلَو يَوْماً

هذا مستثنى من قوله : **(أَنْ يَكُونَ مُؤَجَّلاً.... إِلَى مُدَّةٍ تَخْتَلِفُ فِيهَا الأَسْوَاقُ)** أي : إلا

(١) « المدونة » (٣/ ٧٩) .

(٢) « المقدمات » (٢/ ٢٩) .

(٣) « المنتقى » (٦/ ٣٠٥) .

أن يكون المسلم اشترط قبـضه ببلد آخر فلا يشترط فيها الأجل البـعيد ، ويكتفي بأن يكون الأجل مقدار المسافة ولو كانت يوماً ، وتبع في اليوم ابن بشير .

وفي السلم الثـالث من « المدونة »(١) : فإن أسلمت إلى رجل في طـعام ببلد على أن تأخذه ببلد آخر مسافة ثلاثة أيام أجاز ذلك .

ابن المواز : أو اليومين .

[ومفهومها](٢) يخالف ابن بشير والمصنف إلا أن يكون خرج على سؤال فلا مفهوم له .

وإنما أجازوا مع اختـلاف البلدين وإن كان الأجل قريبـاً لأنه يحصل مع اختلافـهما من اختلاف الأسواق ما يحصل في البلد الواحد مع الأجل البعيد .

وقيد ابن أبي زمنين التأجيل بالمسافة بالخروج بالحال والسير في البر أو البحر بغير ريح ، وإلا فلابد من ضرب الأجل .

اللخـــمي : واختلف إذا اشترط القبض ببلد ولم يذكـر أجلاً ولم تكن عادة فقيل : إن ذلك جائز ؛ لأن تلك المسافـة بين البلدين كالأجل ، فيجبر المسلم إليـه على الخروج بفور العقـد أو التوكيل على الوفـاء ، فإذا وصل أجبـر على القضاء واسـتحق القبض حـينئذ ، وقيل: السلم فـاسد ، وهو أحسن ؛ لأن السلم يتـضمن موضعـاً يقبض فيه ومـدة يقبض إليها، فـذكر الموضع لا يفهم منه الأجل ، وقـال غيره : ليس هذا بخلاف ولكنْ للـمسألة صورتان:

إحداهما : أن يكون السلم يحل بالوصول إلى البلد الثاني .

الثانية : أن يطول زمان مقدار الحلول ؛ فلابد مع هذا من ضرب الأجل ، وإذا وكل من يخرج لإقباض المبيع .

ابن عـبد السـلام : فهل من شرط الوكـالة في هذه المسألة أن يلزم الموكل ألا يعزل ذلك الوكيل حتى يقبض حق المشتري ، أو لا يحتـاج إلى ذكر هذا الشرط ؛ لأن الحكم يقتضيه بسبب حق المشـتري ، فلو عزله لم ينعـزل كما لا ينعـزل وكيل الخصومـة إذا أشرف على ظهور الحق أو قاعده خصمه ثلاثاً ؟

---

(١) « المدونة » (٣/١٤١) .

(٢) في ط : مفهومهما .

وقيل : في مسألة المسلم قول ثالث أن للموكل عزل الوكيل لا مطلقاً ، ولكن إلى بدل، وفيه نظر ؛ إذ يتعلق حق المشتري بعين الوكيل الأول؛ لأنه أسهل قضاءً وشبه ذلك ، انتهى .

وحكى الباجي(١) عن بعض المتأخرين أن التوكيل لا يجزئ إلا أن يضمن الوكيل المسلم فيه؛ لجواز أن يعزله المسلم إليه فيبطل سفر المسلم .

الباجي(٢): ويجوز عندي ألا يكون له عزله كالوكيل على بيع الرهن ، أما الدنانير والدراهم في الذمة على أن يقبض ببلد آخر فلابد من ضرب الأجل فيها ، ولا تكفي المسافة وإلا كان فاسداً .

والفرق أن العين يتفق فيها الأسعار ؛ فَذِكْرُ البلد لغو ، ولهذا يأخذه بها حيث وجده ، أما لو كانت العين معينة ببلد آخر فالمسافة كافية كالعروض ، ولابد من شرط الخلف وإن لم يشترط ففي صحة البيع قولان .

وَيَجُوزُ تَعْيِينُ الأَجَلِ بِالْحَصَادِ والدِّرَاسِ وقُدُومِ الْحَاجِّ ، والْمُعْتَبَرُ مِيقَاتُ مُعْظَمِهِ لا الْفِعْلُ ، وَكَخُرُوجِ الْعَطَاءِ ، والْمُعْتَبَرُ الزَّمَانُ ....

أي : ويجوز أن يكون أجل السلم إلى الحصاد والدراس وقدوم الحاج ؛ يعني : بالشام ومصر ، وكذلك سائر البيوع ؛ لأنه وقت يعرف بالعادة لا يتفاوت ، والمعتبر زمان معظم الحصاد والجذاذ سواء كان ذلك الطعام حصاداً أو جذاذاً أو لا .

وإليه أشار بقوله : (**لا الْفِعْلُ**) **أي** : لا أوله .

(**وَكَخُرُوجِ الْعَطَاءِ**) معطوف على قوله : (**بِالْحَصَادِ**) ، والعطاء : الرواية من بيت المال ، والمعتبر أيضاً زمانه لا نفسه ، وإلا امتنع ؛ لجواز ألا يكون العطاء في ذلك العام أو يتقدم أو يتأخر .

وإِلَى ثَلاثَةِ أَشْهُرٍ يُكَمَّلُ الشَّهْرُ الْمُنْكَسِرُ ثَلاثِينَ

أي : وإذا وقع البيع إلى ثلاثة أشهر فإن كان في أول شهر فلا إشكال أنها تكون ثلاثة بالأهلة ، وإن كان في بعض شهر كمل شهر الابتداء ثلاثين من الرابع .

---

(١) « المنتقى » (٦/ ٣٠٧) .

(٢) « المنتقى » (٦/ ٣٠٧) .

وقد اختلف المذهب في العدد والأيمان هل يحكم بهذا الذي ذكره المصنف أو يكمل كل شهر ثلاثين يوماً من الذي يليه ؟

وإِلَى رَمَضَانَ يَحِلُّ بِأَوَّلِ جُزْءٍ مِنْهُ

أي : إذا كان أجل السلم إلى رمضان حل بأول جزء منه ، فيحل باستهلاله ، وفي عبارة بعضهم : يحل بأول ليلة من الشهر، وذلك أوسع من الزمان الذي يعطيه كلام المصنف .

المازري : وإن قال : إلى يوم السبت حمل على طلوع فجره .

وفِي رَمَضَانَ بِآخِرِهِ ، وقِيلَ : إِنْ كَانَ أَجَلٌ يُغْتَفَرُ مَعَهُ الشَّهْرُ ، وإِلا نُقِضَ

ما صَدَّرَ به المصنف من أنه إذا عقد المسلم على أنه يأخذ في رمضان أنه يحل في آخره تبع فيها ابن شاس[1]، وهو قول ابن العطار ، ولكنه كره ذلك ابتداءً وقال : فإن وقع لم يفسخ .

ويؤيده ما في « المدونة » فيمن حلف ليقضين فلاناً حقه في شهر كذا فقضاه في آخره أنه لا يحنث .

وجوابه أن الأجل في الأيمان لا تنافي التوسعة بخلاف البيوع ، ألا ترى أن الحالف لو صرح فقال : لأقضينك حقك في هذا العام في أي وقت لكان له ذلك ، وقيل : إذا مضى معظم الشهر وجب القضاء ، والمنقول عن مالك في « المبسوط » أنه يدفع في وسط الشهر، وقاله ابن القاسم في « العتبية »[2] وفضل ، وقال ابن لبابة : هو أَجَلٌ مجهول حتى يسمي أي وقت في الشهر ؛ أي : فيفسد البيع ، وأنكره ابن زرب وغيره .

ابن راشد : وصحح المازري الفساد لتردده بين أول الشهر ووسطه وآخره .

وضعف قول ابن العطار لكراهته ابتداء ؛ لأنه إن كان معلوماً فلا وجه للكراهة ، وإلا فسد ، ثم وجه الكراهة باختلاف العلماء .

ابن راشد : وقوله : (**وقِيلَ : إِنْ كَانَ أَجَلاً**) هو قول الباجي[3] ، وهو إن كان هذا القدر نسب إلى جملة الأجل ، زاد الثمن أو نقص بأوله وآخره فإنه يفسخ ، وإن كان

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٥٥٧) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٥/ ٣٣٩) .

(٣) « المنتقى » (٦/ ٣٠٦) .

الأجل بعيداً بحيث تكون نسبة الشهر لا تزيد ولا تنقص لم يفسخ ، واختلف إذا قال : لصدر شهر كذا ؛ فقال ابن القصار : هو ثلثاه أو النصف ، واحتج بما رواه ابن القاسم في القائل لغرمائه : إن لم تقضني صدراً من حقي يوم كذا فعليَّ المشي إلى بيت الله إن لم ألزمك بحقي كله ، فقال مالك : الثلثان أحب إليَّ .

ولو قيل : النصف لكان قولاً ، إلا أن تكون له نية فذهب مالك إلى أن الصدر أقل من ذلك ، واختاره ابن سهل وَحَدَّهُ بالثلث ، لما رواه ابن حبيب عن مالك وابن القاسم وغيره من أصحاب مالك في الحالف ليقضين غريمه إلى أجل سماه ، فلما حل الأجل قضاه من حقه صدراً مثل الثلث فما فوق ، فإنه [يبر به](١) .

ابن حبيب : ولا أعلمهم يختلفون فيه .

ونص ابن نافع أيضاً على أن الصدر الثلث ، وعلى أن الجل الثلثان ، واختاره ابن رشد .

السَّادِسُ : أَنْ يَكُونَ مَعْلُومَ الْمِقْدَارِ بِعَادَتِهِ مِنْ كَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ أَو عَدَدٍ أَو ذَرْعٍ أَوْ غَيْرِهِ

قوله : (**بِعَادَتِهِ) أي** : فما كانت فيه العادة الكيل فلا ينتقل إلى الوزن كالحنطة ، وكذلك العكس كالصوف .

قال جماعة : ويجب أن يقدر في السلم بعرف بلده ؛ فإن غيره مجهول فيه .

قوله : (**أو عَدَدٍ**) كالبيض .

قال في « المدونة »(٢) : ولا بأس بالسلم في البيض عددا .

الباجي : وصغير الفاكهة يتصور فيه الكيل والوزن والعدد ، ويحمل على عرف بلد السلم ، وما ييبس منها ويدخر كاللوز والبندق وقلوب الصنوبر لا يسلم فيه إلا كيلاً .

قال ابن حبيب : ولا يسلم فيه عدداً .

الباجي(٣) : وما قاله بَيِّنٌ ؛ لأن المشقة تلحق في عدده ، ثم أشار إلى حمل ذلك على عرفه ، أما الرمان والسفرجل والجوز فروى ابن القاسم عن مالك أنه يباع عدداً .

---

(١) في ط : يبرئه .

(٢) « المدونة » (٣/ ٦٣) .

(٣) « المنتقى » (٦/ ٣٠٤) .

ابن القاسم : وإن كان الكيل فيها مَعْرُوْفًا فلا بأس به .

وقال ابن حـبيب : يسلم فيـه كيلاً وعـدداً لا وزناً ، وقيل : أما مـا عَظُمَ فالعدد فـيه أظهر، ولا ينبغي أن يعـد هذا خلافاً ، ويحمل على أن كل واحد تكلم على مـا يعرفه من العادة.

وقـوله : (**أَوْ غَـيْـرِهِ**) كالأحمال والحزم والجـزر ، وهي القبض ، وذلك في البقول والقصيل والقرط والقضب .

نص عليه في « المدونة »[١] ، قيل : وذلك أن يقاس ذلك بحبل فيقال : أسلم لك فيما يسع هذا ويجعلانه عند أمين .

الباجي[٢] :ولا يجوز أن يقدر بذرع الأرض ، وجوز ذلك أشهب ، لا يقال : قد أجاز مالك في السلم الأول السلم في الـلحم تحرياً ، وليس بمقدار معلوم ؛ لأنه قـال : إذا كان لذلك قدر عرفوه فهو راجع إلى قدر معلوم .

واختلف في صفة ضبطه ؛ فقال ابن أبي زمنين : إنما يجوز فيما قل ، وصفة ضبطه أن يقول : أسلفك في لحم يكون قدره عشرة أرطال مثلاً ، وكذلك الخبز .

وقال ابن زرب : هو أن يعـرض عليك قدر ما يقـول مثل هذا كل يوم ، ويشـهد على المثال ، ولا يجوز على شيء يتحراه .

وفي السلم الثـاني من « المدونة »[٣] : ومن أسلم في ثياب موصـوفة بذراع رجل بعينه إلى أجل جاز ذلك إذا أراه الذراع وليأخذا قياس الذراع عندهمـا كما جاز شراء ويبة وحفنة بدراهم إن أراه الحفنة ؛ لأنها تختلف .

واختلف في مسألة الويبة فقيل : ذلك حيث لا مكيال ، كما قال في القصعة .

محـمد : وقيل : هو جائز كالذراع ، واختلفوا إذا كثرت الويبات والحفنات ، وأكثرهم على المنع ، ونص عليه سحنون .

أبو عـمـران : وظاهر « المدونة » رؤية ذراع الرجل المعـير خلاف مـا في « الموَّازيَّة » أن السلم جائز وإن لم يره الذراع .

---

(١) « المدونة » (٣/ ٦٥) .

(٢) « المنتقى » (٦/ ٣٠٤) .

(٣) « المدونة » (٣/ ٦٥) .

وفي « الطرر » : إن كان القاضي نصب للناس ذراعاً لم يجز اشترط ذراع رجل بعينه ، كـما لا يجـوز ترك المكيـال المعـروف والعدول إلـى المجهـول ، فـإن لم يكن للناس ذراع منصـوب فلا يجـوز السلم على ذراع رجل بعيـنه ، وإنما يجوز على ذراع وسط مطلقاً ، ويحملان على الوسط .

فرع :

واختلف في جواز السلم على مثال يريه إياه على قولين حكاهما ابن بشير ، قال : ولا ينبغي أن يعد خلافاً ، وإنما هو خلاف في حال إن قصد بالمثال المشابهة في كل الصفات لم يجز ، وإن قصد الصفات العامة جاز .

وَالْمَعْدُودُ كَالْبَيْضِ والْبَاذِنْجَانِ والرُّمَّانِ والْجَوْزِ واللَّوْزِ

هو ظاهر ، وقـد تقدم ، وشـرط في « المدونة »[1] أن يصفـا قدر الرمانة والسـفرجلة ونحوهما إن كان يحاط بمعرفته .

وَلَوْ عَيَّنَ مِكْيَالاً مَجْهُولاً فَسَدَ ، وَإِنْ عُلِمَتْ نِسْبَتُهُ كَانَ لَغْواً

تصوره واضح .

وقـوله : (فَسَـدَ) يقتضي فسخه إن وقع ، وهو المشـهور ، وكرهه أشهب في الطعام ابتداءً ، ولا يفسخ عنده إن نزل .

وخفف في « المدونة » في شراء العلف والتين والخبط من الأعـراب في السفر بمكيال لا تعرف نسبته من المكيال الجاري بين الناس للضرورة .

واختلف فيـما أجازه مالك من ذلك في القـصعة للأعراب وحيث يعـدم الكيل ، ففي «كتاب محمد » أن ذلك جائز في اليسـير ، وعن أبي عمران : أنه يجوز هنالك في الكثير إن احتيج إليه كاليسير .

السَّابِعُ : مَعْرِفَةُ الأَوْصَافِ الَّتِي تَخْتَلِفُ بِهَا الْقِيمَةُ اخْتِلافاً لا يُتَغَابَنُ بِمِثْلِهِ فِي السَّلَمِ ...

الشـــرط السـابع : ذكر الأوصاف التي تخـتلف بها قيمـة المسلم فيه اختلافـاً لا يتغابن المتبايعان بمثله ، وظاهره أن الصفة إذا كانت لا تختلف القـيمة بسببها أنه لا يجب بيانها في السلم .

---

(١) « المدونة » (٣/٦٢) .

وعبارة غيره أقرب ؛ لأنهم يقولون : يبين في السلم جميع الأوصاف التي تختلف الأغراض بسببها ، واختلاف الأغراض لا يلزم منه اختلاف القيمة ؛ لجواز أن يكون ما تعلق به الغرض صفة يسيرة عند التجار ، وتخلفها صفة أخرى .

وقوله : (**فِي السَّلَمِ**) مفهومه أن السلم يغتفر فيه من الإضراب عن بعض الأوصاف ما لا يغتفر مثله في بيع النقد ولا ينعكس ؛ لأن السلم مستثنى من بيع الغرر ، بل ربما كان التعرض للصفات الخاصة في السلم مبطلة له لقوة الغرر ، قاله ابن عبد السلام .

ويشترط أن تكون الصفات معلومة لغير المتعاقدين ؛ لأنه متى اختصم المتعاقدان بعلمهما دل ذلك على ندورهما ، والندور يقتضي عزة الوجود ، وأيضاً فاختصاصها بها يؤدي إلى التنازع بينهما .

وَيُرْجَعُ فِيهَا إِلَى الْعَوَائِدِ ، فَقَدْ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْبِلَادِ

أي : يرجع في تعيين تلك الأوصاف التي تختلف بها القيمة إلى العوائد ، فرب صفة تتعين في نوع دون غيره ، وفي بلد دون آخر .

واستغنى المصنف بهذا الضابط عن مسائل ذكرها أهل المذهب لاندراجها فيما ذكره ، وهذا الضابط ذكره المازري ، قال : يحتاج في الثمن إلى ذكر النوع والجودة والرداءة ، قال : وزاد بعض العلماء : البلد واللون وكبر الثمرة وصغرها ، وكونه جديداً أو قديماً ، ويحتاج في القمح إلى هذه الصفات أيضاً .

واشترط بعض العلماء في القمح وصفاً سابعاً ، وهو كون القمح ضامراً أو ممتلئاً ، ورأى أن الثمن يختلف باختلافه ، ورأى أن الضامر يقل ريعه ، لكن الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن حمل المذهب على أنه لا يلزم اشتراط القدم والجودة في القمح ، واحتج بالرواية الواقعة في السلم أنه إذا أسلم في قمح فأتاه بقمح قديم أنه يجبر على قبوله .

زاد ابن يونس عن أبي بكر بن عبد الرحمن أنه قال : لا يختلف العتيق من الجديد عندنا بإفريقية .

ابن يونس(١) : وهو يختلف عندنا بصقلية ؛ فلا يجوز حتى يشترط قديم من جديد ، وهل يجب أن يبين السمراء من المحمولة ؟ إن كان بمحل ينبتان فيه ، ولا غالب وجب بيانه

---

(١) الجامع لابن يونس (٨/ ٩٠) .

وإلا فسد ، وإن كان مـا يجلبان إليه فرأى ابن حبيب أن تركـه لا يفسد ، ورأى الباجي[(١)] أن مقتضى الروايات خلاف قوله .

ابن بشير : ولا ينبغي أن يُعَدَّ خلافاً ، بل إن اختلف الثمن بهما وجب ذكره وإلا فلا ، أما إن لم يكن إلا واحداً فلا يجب البيان .

واختلف في مثل مصـر فقيل : لا يفتقر إلى الجنس ؛ لأن قـمح مصر جنس واحد في الغالب ، وهو المحمولة .

وقال ابن عبد الحكم وغيره : لابد أن يسمي الجنس وإلا فسخ البيع .

والأول مذهب « المدونة » ، فـفيهـا : ويقضى بمصر بالمحـمولة ، وبالشام بالسـمراء ، قال: وإن أسلم بالحجاز حيث يجتمع المحمولة والسمراء ولم يسم جنساً فالسلم فاسد .

فرع :

قال ابن عـبد الغفور : وإذا سـمى قمحاً طيـباً ولم يقل جيداً فـالسلم تام ، وقاله ابن حبيب .

وقـال [ابن كنانة][(٢)] : لابد أن يقول جيـداً ، وإلا لم يجز على مذهب « المدونة » ، نقله ابن راشد .

فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ كَتُرَابِ الْمَعَادِنِ ، والدُّورِ ، والأَرْضِينَ لَمْ يَجُزْ بِخلافِ غَيْرِهَا

أي : فإن لم يمكن ذكر تلك الأوصاف لم يجز السلم فيه ، وَمَثَّلَهُ بشيئين :

أولهما : تراب المعادن ، قال في « المدونة » : لأن صفته غير معروفة .

ثانيهما : الدور والأرضون .

وفى التمثيل بهما نظر ؛ لأنه مما يمكن صفتهما ، وإنما امتنع السلم فيهما ؛ لأن وصفهما بما تختلف الأغراض به يستلزم تعيينهما فيؤدي إلى السلم في معين .

وذكر المازري عن بعض الأشيـاخ أنه خرج قولاً بجواز السلم في العقـار مما قاله أشهب أنه يسلم في البـقول فـدادين ؛ لأنه إن لم تصـرف الفدادين لم يجـز السلم ، وإذا وصف بمكانه صار معينا.

---

(١) « المنتقى » (٦/٢٩٩) .

(٢) في ط : ابن لبابة .

قال صاحب « المقدمات »(١) : أربعة أشياء لا يصح السلم فيها .

فذكر الاثنين اللذين ذكـرهما المصنف ، وألحق بتراب المعادن الجزاف فيـما لا يصح بيعه جزافاً .

قال : **والثالث** : ما يتعذر وجوده من الصفة .

والرابع : ما لا يجوز بيعه بحال كتراب الصواغين وجلود الميتة .

فَيَـذْكُرُ فِي الْحَيَـوَانِ النَّوْعَ وَاللَّوْنَ وَالذُّكُورةَ وَالأُنُوثَةَ وَالسِّنَّ ، وَيُزَادُ فِي الرَّقِـيقِ الْقَدُّ ، وَكَذَلِكَ الْخَيْلُ وَالإِبِلُ وشِبْهُهُمَا ....

مذهبنا جواز السلم في الحيوان ، ومنع جماعة من الشيوخ السلم في الآدمي ، ولاسيما جواز الوطء ، وعلى هذا قصر بعضهم المنع اعتقاداً منهم أن الصفات في ذلك لا تضبطه ، وذكر المصنف في الحيوان خمسة أوصاف :

أحدها : (**النَّوْعَ**) فيحتمل أن يريد به النوع حقيقة كنوع الإنسان والإبل ، ويحتمل أن يريد الصنف كالرومي والتركي ، فلابد من ذكرهما .

الثاني : (**اللَّوْنَ**) وجعله المصنف معتبراً في جميع الحيوان ، وقد نص في «الجواهر»(٢) على اعتباره في الإبل والخيل ولم يذكره في الطير .

واعلم أن ذِكْـرَ الجنس يغني عن الـلون في الرقـيق ، فـجنس النوبة السـواد ، والروم البياض، والحبش السمرة ، لكن يحتـاج هذا إلى بعض عرضيات النوع كالدهمي والأحمر والبياض الشديد ، وذكـر سند أن اللون لا يعتبر عندنا في غير الرقـيق ، ولعله اعتمد على المازري ، فإنه لم يذكر اللون في غيره .

وليس بظاهر ؛ فإن الثمن يختلف به ، وقد ذكره بعضهم في الخيل وغيره من الحيوان .

ابن بشـيـر وغيـره : وحظ الفقيـه المفتي في هذا أن يحيل على العارفين بالعـوائد ، فما حكموا أن الأثمان والأعراض تختلف به يجب ذكره .

الثـالث : (**وَالـذُّكُـورَةَ وَالأُنُوثَةَ**) وهما معتـبران في جميع الحيوان ؛ لاختـلاف الثمن بهما.

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٢٧) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٥٦١) .

الرابع : (**السِّنّ**) وهو أيضاً مطلوب في الجميع .

الخامس : يختص بالرقيق وهو (**القَدّ**) .

وفي بعض النسخ (**القَدْرُ**) والمعنى واحد ، فيقال : طويل أو قصير أو متوسط .

قوله : (**وكَذَلِكَ الْخَيْلُ وَالإِبِلُ**) ظاهره أنه يشترط فيهما ، وما أشبههما ذكر القد ، وذكر سند أنه لا يشترط ذلك فيما عدا الإنسان ؛ فانظر ذلك .

وبقي عليه من شروط الحيوان الجودة والدناءة ، وإن كانت أنثى الثيوبة والبكارة ، ذكرهما المازري ، على أنه قال في الثيوبة والبكارة: إن كان الثمن يختلف بذلك ، وقيده سند بالعليات .

ولا يُشْتَرَطُ فِي اللَّحْمِ فَخِذٌ ولا جَنْبٌ ، وَلا يُؤْخَذُ مِنَ الْبَطْنِ إلا بعَادَة ، وقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : أَيَكُونُ لَحْمٌ بلا بَطْنٍ ، قِيلَ : فَمَا مِقْدَارُهُ ؟ قَالَ : ﴿ قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْرًا ﴾ [الطلاق:٣] لأَنَّهَا كَانَتْ عَادَتَهُمْ ....

للسلم في اللحم شروط :

أولها : الجنس من إبل أو بقر أو ضأن أو معز .

ثانيها : السن من صغر أو كبر .

اللخمي والمازري : فيقال : ثني أو رباع أو جذع .

ثالثها : السمن والهزال ويقضى في مطلقها بالعرف ، قاله في « الموَّازيَّة » و «الواضحة»، ويختلف فيه كما في مطلق الجودة والطعام هل يقضى فيها بالعرف الغالب أو ما يتناوله الاسم فقط .

رابعها : الراعي والمعلوف ، قاله المازري .

الباجي[1] : ولم أر لأصحابنا تفريقاً بين الذكورة والأنوثة ، فإن كان مؤثراً في الثمن لزم ذكره ، ونحوه لعبد الوهاب وغيره ، وشرطه أصحاب الشافعي ـ رحمه الله تعالى .

المازري : والخصي والفحل .

وقال الباجي : ولم أر لأصحابنا تفريقاً فيه .

(١) « المنتقى » (٦/٢٩٨) .

سند : وعندي ذكره حسن .

ابن حبيب وابن المواز : ليس عليه ذكر موضع اللحم .

ابن حبيب : وإن ذكر فحسن .

ابن القـاسم : وإنما يشترطه أهل العراق ، وهو معنى قول المصنف : (**ولا يُشْتَـرَطُ فِي اللَّحْمِ فَخِذٌ ولا جَنْبٌ**) .

وقال عبد الوهاب[1]: إن اختلفت الأغراض بموضعه من الشاة ذكره ، قال : ولا يؤخذ من البطن إلا بعادة .

وقال ابن القاسم : لا يخالفه ؛ لأن العادة كانت جارية عندهم بأخذها .

وفسر في « المدونة » قوله : ﴿ قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْرًا ﴾ [الطلاق:٣] بأن ذلك على قدر البطن من قدر الشاة .

خليل : والعادة الآن جارية بمصر أن البطن لا يخلط مع اللحم ، ولذلك وإن كان البطن لحماً وجـزءاً من الشاة فإن المتبادر إلى الذهن من اللحم عنـد إطلاق اللفظ ما عدا البطن ، فلا يلزم المسلـم أن يأخذ من البطن إلا بشرط لفظي أو عـادي ، والمراد بالبطن ما احـتوت عليه من كرش أو مصارين وغيره .

ويَذْكُرُ فِي الثِّيَابِ النَّوْعَ ، والرِّقَّةَ والْغِلَظَ ، والطُّولَ ، والْعَرْضَ

النوع ؛ أي : من قطن أو كتان والرقة وما بعده ظاهر .

والغلظ والطول والعرض ، زاد المازري : والصفاقة والخـفة ؛ والبلد ؛ لاختلاف الثمن باختلاف البلد .

وكأن المصنف اسـتغنى عن ذكـر هاتين الصفتين اكـتفاءً بمـا قدمه حـيث قال : معـرفة الأوصاف التي تختلف بها القيمة ، وليـس عليه أن يذكر وزنه ولا جيداً ، قاله ابن القاسم في « المدونة »[2] .

سند : وروي أن الجودة تدخل تحت غيرها من الأوصاف .

---

(١) « المعونة » (٢/٩٨٧) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/٥٨) .

وَلَوِ اشْتَرَطَ فِي الْجَمِيعِ الْجَوْدَةَ وَالدَّنَاءَةَ جَازَ ، وحُمِلَ عَلَى الْغَالِبِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَالْوَسَطُ....

مراده والله أعلم بالجميع جميع أنواع المسلم فيه ، ويحتمل ما تقدم له من الثياب والحيوان ، وأما الطعام فقد ذكروا أنه إذا ذكر صنفه فلابد أن يصفه بالجودة والدناءة والوسط؛ لأن الصنف الواحد يختلف بذلك ، انتهى .

وقد تقدم من كلام المازري أنه يشترط في الحيوان ذكر الجودة والدناءة ، وأما اللحم فلم ينصوا عليها فيه .

قال في « المدونة » : وإن لم يذكر في الطعام الجودة والدناءة فالسلم فاسد .

التونسي : اجتزى في صفة الطعام أن يقول جيداً ولم يجتزِ في صفة الحيوان بفاره ولا من الثياب بجيد ، والفرق بينهما أن الطعام يعرف الجيد منه فلا يختلف الجيد منه اختلافاً متبايناً ؛ فيكون له وسط الجيد والفاره من الحيوان ، والجيد من الثياب يختلف اختلافاً متبايناً لا متقارباً ، ثم هل يكفي ذكر الجودة فيما هي فيه شرطه وهو المذهب ، أو لابد أن يقول غاية الجودة ، وإلا بطل السلم ، قاله ابن العطار ؟

وزيفه الباجي[1] بأن الغاية غير محصورة ، وبأنه لا يلزم ذلك في سائر الأوصاف كالطول والقصر والبياض والسواد ، ثم إذا اشترطت الجودة ، فقال ابن حبيب وابن المواز : يقضى بالغالب من الجيد ، وإليه أشار بقوله : (**حُمِلَ عَلَى الْغَالِبِ**) وإن لم يكن غالبٌ فقال الباجي[2] : يحمل على ما يقع عليه اسم الجيد .

سند : ورأى غيره أن العرف يقتضي في الإطلاق الوسط من الجيد كما في النكاح على غنم موصوفة ، وعلى هذا الأخير اقتصر المصنف .

وَأَدَاؤُهُ بِجِنْسِهِ بَعْدَ أَجَلِهِ بِأَرْدَأَ أَوْ بِنَوْعٍ آخَرَ يَجُوزُ ، وَبِأَجْوَدَ يَجِبُ

أي : أداء المسلم فيه .

ومراده بهذا الفصل الكلام على حكم اقتضاء المسلم فيه جوازاً أو منعاً .

ابن عبد السلام : والباء للمصاحبة في الثالث ، والأول والثالث مجاز ؛ لأن الشيء لا

---

(١) « المنتقى » (٦/ ٣٠١) .

(٢) « المنتقى » (٦/ ٣٠١) .

يفارق جنسه ولا نوعه ، والباء الثانية حقيقة ؛ لأن صفتي الجودة والدناءة يعتذران على الماهية ، انتهى .

وقال بعضهم : الأولى بمعنى عن ، و (**أَدَاؤُهُ**) خبر مبتدأ على حذف مضاف ؛ أي : هذا باب أداؤه كسائر التراجم .

وقوله : (**بِجِنْسِهِ**) خبر مبتدأ محذوف ؛ أي : إثباته بجنسه .

و (**بِأَرْدَأَ**) : بدل من جنسه ، ولا يقال : فيه إبدال مشتق من جامد ؛ لأنا نقول هو غير ممتنع ، وإنما هو قليل ، وهذا هو الذي يؤخذ من كلامه في « الجواهر »[1] .

وتكلم المصنف على الأردأ والأجود ولم يتكلم على المساوي لوضوحه ، واحترز بالجنس من غيره وسيأتي ، ويبعد أجله من قبله كما سيأتى .

وقوله : (**بِأَرْدَأَ**) يريد : سواء كان من نوعه أو من نوع آخر كمحمولة عن سمراء ؛ لأنه جنس اقتضاء .

ونبه بقوله : (**يَجُوزُ**) على أنه لا يجب القبول ، وكلام المصنف عام بالنسبة إلى الطعام وغيره .

ابن عبد السلام : وفي الطعام إشكال ؛ لأن المخالفة في الصفة والنوع إن كان غير ما في الذمة وجب قبوله ، وإن لم يكن هو الحق فلا يجوز قبوله وإن اتفقا عليه ؛ لأن قبوله بيع ثان فيدخل تحت عموم النهي عن بيع الطعام قبل قبضه .

لا يقال : مقتضى إطلاق المصنف جواز اقتضاء الأردأ وإن كان أقل كيلاً ، وقد منعه ابن القاسم في السلم الثالث كمن أخذ خمسين محمولة من مائة سمراء إذا كانت بمعنى الصلح والتبايع .

وأما إن كان على الإبراء فجائز كمن أخذ خمسين عن خمسين وبقيت له خمسون ثم أبرأه منها بعد ذلك فيجوز .

لأنا نقول : إنما تكلم على الأردأ المساوي في الكيل ، وقد نص سند على أنه لا يجوز أن يقتضى أدنى النوعين عن الآخر إذا خالف في القدر ، وأنه لو نقص كف واحد لم يجز .

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٥٦٣) .

فرع : منع مالك اقتضاء دقيق من قمح وبالعكس مراعاة لمن قال : إنهما جنسان ، فيؤدي إلى بيع الطعام قبل قبضه .

قوله : (**وَبِأَجْوَدَ يَجِبُ**) هو معطوف على قوله : (**بِأَرْدَأَ**) ومعناه إذا قضاه جنس ما في الذمة ونوعه لكنه أجود صفة فإنه يجب قبوله ؛ لأنه حصل المقصود وزيادة ، وتبع في وجوب القبول ابن شاس .

ابن عبد السلام : وهو قول غير واحد من المتأخرين .

خليل : والمذهب خلافه ؛ لأن الجودة هبة لا يجب قبولها .

وفي الصرف من « المدونة » (١): ومن اقترضته دراهم خلافه ؛ لأن الجودة هبة لا يجب قبولها .

وفي الصرف من « المدونة » : ومن أقرضته دراهم يزيدية فقضاك محمدية أو قضاك دنانير عتقى عن هاشمية ، أو قضاك سمراء عن محمولة أو شعير لم يجبر على أخذها ، حل الأجل أو لم يحل .

ابن القاسم : وإن قبلها جاز في العين من بيع أو قرض قبل الأجل أو بعده ، والمحمولة والعتق والسمراء أفضل .

وقَبْلَهُ بِصِفَتِهِ يَجُوزُ

أي : قضاؤه قبل الأجل من نوع ما في الذمة ، وصفته جائز ، وإن أبى من الأخذ لم يلزمه ؛ لأن الأجل في السلم من حق كل من المتبايعين ، وتحرز بصفته من الأجود منه أو الأردأ فلا يجوز ؛ لأنه في أخذ الأجود : حُطَّ الضمانَ وأَزِيدُكَ ، وفي الأردأ : ضَعْ وتَعَجَّلْ .

فَإِنْ زَادَهُ قَبْلَ الأَجَلِ دَرَاهِمَ عَلَى ثَوْبٍ أَعْرَضَ أَوْ أَطْوَلَ جَازَ إِنْ عَجَّلَهَا ، وَفِيهَا : لأَنَّهُمَا صَفْقَتَانِ كَغَزْلٍ يَنْسِجُهُ ثُمَّ زِدْتَهُ لِيَزِيدَ طُولاً ، وقَالَ سحْنُونٌ : دَيْنٌ بِدَيْنٍ بِخِلافِ الإِجَارَةِ ؛ لأَنَّهُ مُعَيَّنٌ ....

أي : وإن زاد المسلم للمسلم إليه في ثوب موصوف دراهم على أن يأخذ ثوباً أطول من ثوبه .

---

(١) « المدونة » (٣/ ٣٣) .

زاد في « المدونة »[١] من الصفة أو من غير الصفة جاز بشرط تعجيلها ؛ أي : الدراهم لا الثوب الطويل ، هذا ظاهر قوله ، وهو الذي قاله ابن عبد السلام .

واعترضت هذه المسألة بأن الثوب الأطول إما أن يكون معيناً أو في الذمة ؛ فالمعين حاضر لا معنى لاشتراط تعجيل الدراهم ؛ لأن الثوب الطويل حينئذ يكون بعضه مأخوذاً عن الثوب القصير الذي في الذمة وبعضه مبيع بالدراهم ، ويصح بيع ذلك البعض بنقد وبنسيئة ، وإن كان في الذمة لم يجز ، وهو ظاهر ما فهمه سحنون ؛ لأنه إذا اشترط تعجيل الثوب الأطول يلزم المسلم الحال ، وإن لم يشترط فهو فسخ دين في دين .

وقال بعض من تكلم هنا : إن ضمير (عَجَّلَهَا) عائد على الزيادة ؛ أي : يجوز بشرط تعجيل الزيادة ؛ لأنه إن تأخرت وكانت في صفقة فهو بيع وسلف تأخير بما عليه سلف وزيادة بيع بالدراهم ، وإن كان على غير صفقة فهو دين بدين ، وأما ثمن الزيادة فيجوز تأخيرها ، قال في كتاب الصرف من « المدونة »[٢] فيمن لك عليه لحم [أو][٣] حيتان وأقضيته فوجدت فيه فضلاً عن وزنك :

فجائز شراؤك تلك الزيادة نقداً أو إلى أجل إن كان الأجل قد حل .

خليل : وفيه نظر ، والظاهر ما قاله ابن عبد السلام ، وما ذكره من مسألة الحيتان ليس فيها دليل ؛ لأنه لما أتى بما عليه وفضلت فضلة واشتراها كان ذلك شراءً محضاً ليس من السلم في شيء ، ثم لا يصح على هذا إلا أن يحمل قوله : (عَجَّلَهَا) أي : عند الأجل مع الأصل ، وليس بظاهر ؛ إذ المسألة مفروضة قبل الأجل ، فإن ابن يونس وغيره إنما نقلوا قول سحنون قبل الأجل .

وعلى هذا فليعتمد في كلام المصنف على فسخه قبل الأجل ، وإن كان الواقع في أكثر النسخ : (بَعْدَ الأَجَلِ) .

وقد ذكر سند الإجماع على الجواز بعد الأجل إذا كان المزيد فيه على الصفة ؛ يعني : بشرط أن يعجل الجميع .

---

(١) « المدونة » (١١٣/٣) .

(٢) « المدونة » (١٢٨/٣) .

(٣) سقط من ط .

قال في « المدونة » [١]: وإن أسلمت في ثوب موصـوف فزدته عند الأجل دراهم على أن يعطيك ثوباً أطول منه في صفة من صنفه أو من غير صنفه جاز إذا تعجلت ذلك ؛ أي: وإما إن لم يتعجل فلا يجوز ؛ لأنه بيع للزيادة وسلف لتأخير الثوب الأول .

ابن يونس : فإن قيل : لِمَ منع التأخير بعده لعلة البيع والسلف وأجاز ذلك قبل الأجل، ولم يعـجله ثوباً مؤجـلاً ودراهم نقداً بثوب مـؤجل أطول منه فيـكون ديناً بدين كمـا قال سحنون؟

قـيل : الفرق أنه قبل الأجل لم يملك المسلم تعجيل الثـوب حتى يعد تأخيره به سلفاً ، وأما بعده فـقد ملك تعجيل الثوب فـيكون تأخيره به سلفاً ، والزيادة بيع ، فـيدخله البيع والسلف .

وقـوله : (**وَفِيهَـا : لأَنَّهُمَا صَفْـقَتَانِ**) استدل به في « المدونـة » على الجواز في جواب السائل لما قال لـه : لِمَ أجزته وقد صارت صفـقة فيها دراهم نقـداً ودراهم إلى أجل بثوب إلى أجل ؟ قال : ليس هي صـفقة واحدة ، ولكنها صـفقتان وللتحـقيق أنها صفـقتان إنما يجوز ذلك بشـرط أن يبقى من الأجل مثل أجل السلم ؛ لأنهـا صفقـة ثانية ، وعلى هذا فيلزم تقديم الثمن .

وقيد عـبد الحق [٢]ما في « المدونة » فقال : يريد : أنه لو اشترط عليه في أصل العقد أنه يزيده بعد مدة كذا وكذا لم يجـز ، ولو قال : أسلمته إليك في كذا على أني إن زدتك في الثمن زدت في الطول لم يجز أيضاً ؛ لأنها صفقة واحدة عقدت على غرر .

وقوله : (**كَغَزْلٍ يَنْسِجُهُ**) استدلال من ابن القاسم لقول مالك في النسج ، ونصه[٣] : قال لـي مالك : لاَ بأس به في النسج إذا دفع الرجـل الغزل إلى النسـاج على أن ينسج له ثوباً سـتة في ثلاثة ، فـزاده درهماً وزاده غـزلاً على أن يجعله سـبعـة في أربعة ، فـقال السائل: مـسألتي بيع وهذه إجـارة فكيف يكون مثـله ؟ قال : الإجارة عند مـالك بيع من البيوع ؛ أي : أن الإجارة والبـيع كلاهما عقد معـاوضة مالية ، ويمتنع فيهـا الغرر ويقعان على مضمون ومعين ، فما يمتنع في أحدهما يمتنع في الآخر .

---

(١) « المدونة » (٣/ ١١٣) .

(٢) « النكت والفروق » (٢/ ١٨٧) .

(٣) « المدونة » (٣/ ١١٤) .

قوله : (**وقَالَ سحْنُونٌ : دَيْنٌ فِي دَيْنٍ**) أي : لأن الزيادة في طول الثوب تغيير للصفقة الأولى كالزيادة في صفاقته وخفته .

قوله : (**بِخلاف الإجَارَة ؛ لأَنَّـهُ مُعَيَّنٌ**) أي : أن سحنون فرق بين السلم والإجارة بأن في السلم نقله من مضمون إلى مضمـون ، وذلك فسخ دين في دين ، والإجارة والمستأجر عليه معين ؛ فهو في حكم البيع للمعين ، ولهذا يجوز فيها تأخير العوض ، ولولا أنها في حكم المعين ما جاز تأخير العوض فيها ؛ لأنه يكون دين بدين .

قال في « النكت » : وفي قول سحنون نظر ؛ لأن الإجارة أيضاً في ذمته ، ألا ترى أنه لو مات لم تنـفسخ الإجارة ، ويسـتأجر من مـاله من يتم العمل ، فـصار كل منهـما ديناً عليه .

تنبيه :

إنما وقعت المسـألة في « المدونة » في ثوب أطول والمصنف قال : (**أَطْوَلَ أَوْ أَعْـرَضَ**) وفيه نظر .

ومقتضى كلام اللخمي أن الأعرض يتفق فيه على المنع ؛ لأنه قال : إن زاده دراهم قبل الأجل ليأخذ إذا حل الأجل أصفق أو أرق أو أعـرض لم يجز ، وهو فسخ دين في دين ، ويجوز ذلك إذا حل الأجل إذا كان يقبض العوض الثاني قبل الافتراق .

وإن زاده قبـل الأجل ليأخـذ أطول ، وهو على الصفـة في الجودة جـاز ذلك عند ابن القاسم ، وقال سحنون : هو فسخ دين في دين .

والأول أصوب ، وهو مقتضى كلام ابن يونس .

وبغَيْر جنْسـهِ بَعْدَ أَجَلِهِ يَجُوزُ بِثَلاثَةِ شُرُوطٍ : أَنْ يَكُونَ الْمُسْلَـمُ فِيهِ مِمَّا يُبَاعُ قَبْـلَ قَبْضهِ فَيُخْرِجُ الطَّعَامَ ....

أي : وإن كان قضاء المسلم فيه بـجنس مخالف لجنسه ، وذلك بعد أن حل أجل السلم فإنه يجوز بثلاثة شروط :

أحدها : (**أَنْ يَكُونَ الْمُسْلَمُ فِيهِ مِمَّا يُبَاعُ قَبْلَ قَبْضِه**) تحرز به مما إذا كان المسلم فيه طعاماً فلا يجوز أن يقتضى عنه من غير جنسه، كما لو اقتضى فولاً أو عدساً عن قمح ، وأجازوا إذا أسلم في سمراء أن يأخـذ عنها محمـولة وبالعكس ، وكذلك القمح والشعـير ، وكان

ينبغي أن يحتاطوا بالمنع ؛ لأنـه قيل : إنهما جنسان كما احتـاطوا بالمنع في القمح والدقيق كذلك .

وَأَنْ يَكُونَ الْمُقْتَضى مِمَّا يُسْلَمُ فيه رَأسُ الْمَالِ فَيَخْرُجُ أَخْذُ الطَّعَامِ ورَأْسُ الْمَالِ طَعَامٌ ، والذَّهَبُ بِالْوَرَقِ وعَكْسُهُ ، والْعُرُوضُ بِصِنْفِهَا ....

هذا ثاني الشروط ؛ وهو : أن يكون المقتضى ؛ أي : المأخوذ عـوضاً عما في الذمة مما يصح أن يسلم فيه رأس المال ، وذكـر أنه احترز بهذا الشرط من ثلاث مـسائل ، وتصورها واضح ، ومنعت سدا للذريعة .

ويستثنى من الأول إذا كان الطعام المأخوذ مـساوياً لرأس المال فإنه يجوز ويعد إقالة ومن الثانيـة ما إذا زاد أحد العوضين عـلى الآخر زيادة كثيـرة لِبُعْدِ التُّـهْمَةِ حينئـذ عن الصرف المستأخر ، ومن الثالثة ما إذا كانت العروض المأخوذة مثل رأس المال .

وَأَنْ يَكُونَ الْمُقْتَضَى مِمَّـا يُبَاعُ بِالْمُسْلَمِ فِيهِ يَداً بِيَدٍ ، فَيَخْـرُجُ أَخْذُ اللَّحْمِ عَنِ الْحَيَوَانِ ، وعَكْسُهُ ....

هذا ثالث الشروط ، وتصوره واضح .

وقَبْلَ أَجَله يُزَادُ : أَنْ يَكُونَ الْمُـقْتَضَى مِـمَّا يُبَاعُ بِالْمُسْـلمِ فِيهِ إِلَى أَجَلٍ فَيَـخْرُجُ صِنْفُ الْمُسْلِمِ فِيهِ الأَعْلَى والأَدْنَى ....

هذا قسيم قوله : (بَعْـدَ أَجَلِهِ) يعني : وإن وداه بغير جنسه قبل أجله اعتبرت الشروط الثلاثة .

وزيد رابع ؛ وهو : أن يكون المقتضى مما يصح سلمه فـيما يثبت في الذمة إلى أجل ، فلا يجوز أخذ أعلى أو أدنى ؛ لأنه في الأعلى يلزم حُطَّ الضَّمَانَ وَأَزِيْدُكَ ، وفي الأدنى : ضَعْ وَتَعَجَّلْ .

والظاهر أن مراده بالأعلى والأدنى في الصـفة ؛ لأنه غالب اصطلاح الفقـهاء ، ويكون سكت عن الأكثر والأقل في القدر ؛ لأنه مساوٍ له .

وإن كان ابن عبد السلام قال : الأقرب أن المصنف أراد في القدر ؛ لأنه مساوٍ له ، وإن كان ابن عبد السلام قال : الأقرب أن المصنف أراد بالأعلى والأدنى في الصفة والمقدار .

وَفِي اشْتِرَاطِ زَمَانَيْ سَلَمٍ لِتَوَسُّطِ الْمُقْتَضَى قَوْلانِ

يعـني : أنه اختلف هل يُضم إلى الشروط السابقة شرطٌ آخر ، وهو أن يكون قد مضى من يوم عقد السلم إلى زمان الاقـتضاء أَجْلُ السلم ، وأن يكون قد بقي فيمـا بين الاقتضاء وحلول الأجل الأول مقدار أجل السلم على قولين حكاهما ابن بشير .

وذلك أنا لما اشتـرطنا صحـة سلم رأس المال في هذا المقتضى واعـتبـرنا أيضاً أن يكون المقتضى مما يجوز سلمه في السلم فيه استلزم ذلك عقدتي سلم .

وقيل : لا يشـترط ذلك في الصورتين ؛ لأن اشتـراط الأجل في السلم ليس بالقوي ؛ فلا يتحرز منه بخلاف ما تقدم من الشرط .

وبنى ابن بشيـر القولين على أن المأخوذ عـما في الذمة سلف فلا يشـترط الأجل أو بيع فيشترط .

وذكر بعضهم أن هذا الخـلاف إنما يحسن إذا كان المقتضى مخـالفاً في الجنس ، وأما إن كان موافقـاً فلا يشترط الأجل ؛ لأنه في معنى القرض ، والقرض يجـوز حالاً ومؤجلاً ؛ نعم يشترط فيه ما يشتـرط في القرض ، وصورة ما ذكر أن يسلم ديناراً في قنطار حناء إلى شهر فقضى له فيه غير الجنس وهو قنطار من كتان مثلاً عند تمام خمسة عشر يوماً فهو رأس المال هنا ، لأنه يقتضي من ذمته .

وصورته أيضاً أن يسلم ديناراً في ثوب ثم اقتضى فـيه حماراً ، فإن لم يكن أجل السلم بين عقد السلم والاقتـضاء كان سلماً حالاً ؛ لأن المعتبـر أفعالهما كأنهمـا عقدا سلماً على الحمار المقتضى ، وذكر الثوب وشبهه لغـو ، ووجه اشتراط مدة السلم بعد الاقتضاء أنه إن لم يكن أدى ذلك إلى السلـم الحال أيضـاً ، ثم إن المسلم إليـه ثبت في ذمـته ثوب يأخـذ الحمار .

الزَّمَانُ : ولا يَلْزَمُ قَبُولُ الْمُسْلَمِ فِيهِ قَبْلَهُ بِالْكَثِيرِ ، وبِالْيَوْمَيْنِ يَلْزَمُ

لما فرغ من شـروط السلم وآدابه شرع في زمانه ومكانه ، ولمـا كان الأجل في السلم من حقهـما لم يكن للمسلم ولا المسلم إليه التـعجيل إلا برضاهما ، وهـذا هو القياس ، لكن استحـسن جماعة من المتأخـرين ما رواه أشهب عن مالك أنه إذا قدم المـسلم إليه باليوم أو باليومين لزم المسلم قبوله .

وعلى هذا اقتصـر المصنف ؛ لأن التأخير إنما كان من حق المسلم لاختـلاف الأسواق ، واليومان لا تختلف فيهما الأسواق غالباً ، ولهذا قيد بعضهم هذا بما إذا كانت قيمة السلعة الآن مساوية لقيمتها بعد يومين .

وظاهر « المدونة » خلافه لـقوله : وإن كان لك على رجل طعام فأتاك بـه لم تجبر على أخذه ، وإن كان من قرض جبرت على أخذه .

لكن ذكر ابن محرز عن الأشياخ أنهم فهموا الكتاب على ما رواه أشهب .

ابن راشـد : ولو حل الأجل فكان رب السلم غـائباً ، ورفع المسلم إليـه إلى القاضي وقال: لا أرضى ببـقائه في ذمتي واقـتضه للغـائب أيها القاضي، فحـكى التونسي أنه يلزم القاضي أخذه وإيقافه للغائب .

ومثله في « المدونة »[1] في باب المفقود ، وظاهر ما في العيوب خلافه .

وَالْمَكَانُ : مَا يُشْتَرَطُ وَإِلاَّ فَمَكَانُ الْعَقْدِ

تصوره واضح ، وما ذكره من الصحة إذا لم يشترط المكان هو المشهور ، وفي كتاب ابن حارث إذا لم يذكر موضع القضاء فسد السلم .

فَلَو عَيَّنَ الْفُسْطَاطَ جَازَ ، فَلَو تَشَاحَّا فَسُوقُهَا

أي : إذا اشترط التسليم بالفسطاط جـاز ، وهو مأخوذ مما تقدم ، وإنما مراده به التوصل إلى ما بعده من التشاح ، فإذا تشاح في جهاته قضى بالتسليم في سوق تلك السلعة ؛ لأنه أخص بقاع البلد ، وهذا هو المشهور .

وقال سحنون في « الموَّازيَّة » : على المسلم إليه أن يوصله إلى دار المسلم .

التـونسي : وهو المحكوم به اليوم ؛ لأن الناس اعتادوا ذلـك ، هكذا أشار إليه اللخمي أن الاعتبار بالعادة .

فرعان :

الأول : إن لم يكن للسلعـة سوق فـالمشهـور أنه يلزمه القـبول حيـثمـا قضـاه ، وقال سحنون: بدار المسلم .

وقال ابن القاسم في سماع عيسى : بالموضع الذي قبض فيه رأس المال .

---

(١) « المدونة » (٢/ ٣٤) .

ابن بشير : وهذا ليس بخلاف ، وإنما يرجع إلى العوائد .

الثاني : إذا اختلفا في الموضع الذي شرط القبض فيه فقال ابن القاسم : القول قول من ادعى موضع العقـد وإلا القول قول المسلم إليه إن أتى بما يشبـه ، وإلا فقول المسلم إن أتى بما يشبه ، وإن تباعدا تحالفا .

وقال سحنون : القول قول المسلم إن ادعى الآخر موضع العقد ؛ لأنه صاحب الحق .

وقال أبو الفرج : إن لم يدع واحد منهما موضع العقد تحالفا وتفاسخا ؛ لتساويهما .

فَإنْ ظَفرَ بِهِ فِي غَيْرِهِ وكَانَ فِي الْحَمْلِ مُؤْنَةٌ لَمْ يَلْزَمْ ، وَإلاَّ فَقَوْلاَنِ

يحتـــمل : فإن ظفر من عليـه الدين بالطالب وأراد المديان التعجيل فـامتنع الطالب ، ويحتمل عكسه ؛ فعلى الأول فقال ابن بشير وغيره : المسألة على ثلاثة أقسام :

إن كان الدين عيناً وجب قبوله ، قال في [«أنواره»](١) : إلا أن يتفق أن للطالب فائدة في التأخير كما لو حصل في الزمان خوف أو فيما بين البلدين .

وإن كان الدين عروضاً لها حملٌ أو طعاماً فلا يجبر على قبوله ، وإن لم يكن لها حمل كالجواهر فقولان : المشهور أنهما كالعروض ، وقيل : كالعين .

قال : وهما خلاف في شهادة إن كان الأمن في الطريق فكالعين وإلا فلا ، قال : وهذا إذا كان من بيع .

وأمـــا القرض فيـجبر على قبوله مطلقـاً ، وعلى الثاني فنص محمـد وغيره أنه ليس للطالب جبر المطلوب مطلقاً .

اللخـمي : ولأشهب عند محمد ما يؤخذ منه أنه إذا كان سعر البلدين سواء ، وهو في البلد الذى لقيه فيه أرخص أنه يجبر المسلم إليه على القضاء في البلد الذي لقيه فيه .

وحمل ابن عبـد السلام المسألة على هذا الثاني ، وقـد يقال : هو الأقرب إلى لفظه ، ولعل الأول هو المتعين ؛ لأن ذكر مؤنة الحـمل إنما يناسب إرادة المطلوب بالتعجيل ، ولأنه كذلك منقول .

ويفهم مـن قوله : (لا يَـلْـزَمُ) أنهما لو اتفقـا على ذلك جاز في العروض سواء حل

---

(١) في ط : نوازله .

الأجل أو لم يحل ، وأما الطعام فيــجوز إن حل الأجل ، بل وإن لم يحل لم يجز ، قاله في « الموَّازيَّة » و« الواضحة » .

واعترض ذلك ابــن الكاتب والتونسي وابن محرز ، وقــالوا : لا فرق بين حلول الأجل وعدم حلوله ؛ لأن القضــاء لا يلزمه هناك فأشبــه عدم الحلول ؛ لأن مسافة البلدين يفــتقر فيها إلى كراء الحمولة ، فكأنه وجب عليه كراء الحــمولة فعجل له الطعام بشرط أن يسقطها فيدخله ضع وتعجل .

ابن بشير : ونقل اللخمي عن « الموَّازيَّة » المنع سواء حل ذلك الأجل أو لم يحل .

والذى في « الموَّازيَّة » التفرقة بين حلول الأجل وعدمه كما تقدم .

ولا يَجُوزُ أَخْذُهُ ودَفْعُ الْكِرَاءِ ؛ لأَنَّهُمَا كَالأَجَلَيْنِ

أي : فإن لقيه في غير المكان الذي يتعين فيه القبض فتراضيا على أخذ المسلم ودفع كراء ما بين المسافتين لم يجز .

قــال فــي « المدونة »[١] : لأن البلدين بمنزلة الآجــال ، ثم هذا المنع عــام في الطعــام وغيره، لكن تزيد العلل المقتضية للفساد في الطعام ؛ إذ فيه بيعه قبل قبضه ، والنسيئة لأنه أخره في الطعام الذي يجب له ليستوفيه من نفسه في بلد الشرط،والتفاضل بين الطعامين .

ويدخل في الطعام وغيــره سلف جر منفعة إذا كان مــا أخذ المسلم من الكراء من جنس رأس المال ، وبيع وسلف وحط الضمان وأزيدك إذا كان في موضع الاشتراط أرخص .

ومفهوم قوله هو مفهوم « المدونة » : أنه لو لم يأخذ كراء المسافة لجاز ، ولا إشكال فيه في العروض ، وأمــا الطعام فقــد تقدم أنه قوله في « الموَّازيَّة » و « الواضــحة » ، وأن ابن الكاتب وغيره اعترضوا ذلك ، وقال : ينبغي عدم جوازه .

---

(١) « المدونة » (٣/ ٩١) .

كتاب القرض

الْقَـرْضُ : يَجُوزُ قَـرْضُ مَا يَثْبُتُ سَلَمـا إلا الْجوَارِيَ ، وَقُـيِّدَ لِغَـيْرِ مُـحْرِمٍ وَالنِّسَـاءِ ، وَالصَّغِيرِ يَقْتَرِضُ لَهُ وَلِيُّهُ ، وَالصَّغِيرَةِ الَّتِي لا تُشْتَهَى ....

القرض في اللغة هو القطع ، ومنه قوله : قرض الفأر الثوب .

وحقيـقة القرض معلومة للعامـة فضلاً عن الفقهـاء ، وكذلك كونه مندوباً ، وصح أنه عليه السلام اقترض .

وذكر أنه يجوز قرض كل ما يصح السلم فيـه كالعروض والحيوان ، ويفهم أن كل ما لا يصح سلمه لا يصح قرضه ؛ فلا يجـوز قرض الأرضين والأشجار وتراب المعادن والجواهر النفيـسة ، ثم اسـتثنى من هذه القـاعدة الجـواري ، فإنه يجـوز السلم فيـهن ، ولا يجوز قرضهن ؛ لأن المُسْـتَقْرِضَ لما كان مـتمكناً من رد المثل والعين صار في معـنى إعارة الفرج وهو ممنوع .

وأجاز ابن عبد الحكم في « الحمديسية » قرضهن ؛ إذ شرط عليه ألا يرد عينها وإنما يرد مثلها ، ونقـل بعضهم هذا القول فقـال : وقال ابن عبد الحكم : يجـوز قرض الجواري ، وعليه رد المثل ، ولا يرد ما استقرض .

ابن عبـد السلام : [وعلى هذا النقل][(١)] هو خلاف ، وعلى الأول -وهو نقل الموثوق بهم- لا يبعد موافقته للمشهور .

والظاهر أن الكليـة التي ذكرها المصنف هنا مطردة منعكسـة ، فأعطى كلامـه أن كل ما يصح أن يسلم فيه إلا الجواري يصح أن يقـرض ، وكل ما يصح أن يقرض يصح أن يسلم فيه ، غير أن هذا العكس لا يحتاج معه إلى استثناء شيء .

ومن قال بعدم عكس هذه الكلية زعم أن جلد الميتة المدبوغ يصح قرضه ، ولا يصح أن يسلم فيه غير صحيح بكل اعتبار ، والله أعلم .

واعترض بعضهم قول ابن عبـد الحكم بأن الشرط لا ينفع ؛ لأنها على مثل الدَّيْنِ صفة ومقداراً ، ومن أتى بذلك جبر ربه على قبوله .

---

(١) في ط : وهذا .

وفيه نظر ، لجواز استثناء هذه الصورة لئلا يؤدي إلى عارية الفروج .

وقـوله : (وَقُـيِّـدَ) وقع في بعض النسخ بالدال فيكون تقييداً ، وهو أحسن ، وفي بعضهـا باللام فيكون خلافاً لابن بشـير ، وأكثر الشـيوخ أنه غير خـلاف ، وهو يشعر أن بعضهم عده خلافاً .

وقوله : (**وَالصَّغِيرِ يَقْـتَرِضُ لَهُ وَلِيُّهُ**) و (**الصَّغِـيرِ**) مخفوض بالعطف على المحرم ؛ أي: قرضهن لهؤلاء جائز .

فائدة :

تقرر ما ذكرناه أن كل شيء يجوز قرضه إلا أربعة أشياء :

- ما لا يمكن الوفاء بمثله كالدور والأرضين والجواهر النفيسة .
- وما لا تحصره الصفة كتراب المعادن وتراب الصواغين .
- والجواري إلا على ما ذكره .
- والجزاف إلا ما قَلَّ كرغيف برغيف ونحوه .

فَإِنْ أَقْرَضَهَا ولَمْ يَطَأْ رُدَّتْ

أي : فإن أقـرض جارية على الوجـه المنهي عنه فسخ هذا القـرض وردت إلى دافعـها، وليست غيبته عليـها بمفيتة للرد وليست كغيبة الغاصب عند من جـعل غيبة الغاصب تفيت كالوطء ؛ لأنه متعد ، ولا كغيـبة من أحلت له جارية ؛ لأن من أحلت له إنما غاب عليها الوطء .

وإِنْ وَطِئَ وَجَبَتِ الْقِيمَةُ عَلَى الْمَنْصُوصِ ، وقِيلَ : الْمِثْلُ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمُسْتَثْنَى الْفَاسِدَ يُرَدُّ إِلَى صَحِيحِ أَصْلِهِ أَوْ صَحِيحِه ....

يـعـني : وإن وطئ المقترض الجـارية ؛ يريد : أو فاتت بما تفوت به في البـيع الفاسد -هكذا هو المنصـوص- وجبت القيـمة على المنصـوص كالبيع الفـاسد إذا فـات المبيع وهو مقـوم؛ بناءً على أن القـرض الفاسـد يرد إلى أصله وهو البيع ، وقـيل : المثل ردا له إلى صحيحه وهو القرض .

ابـن يـونـس : وأظنه قول الأبهري ، والأول أصـوب ، ولهذا نظائر كالمساقـاة الفاسدة والقـراض ونحوهمـا ، والصواب لو قـال : إلى فاسـد أصله وإلى صحـيح نفسه ؛ لأن

الواجب في صحيح أصله الـثمن لا القيمة ، وهذا الذي ذكـره المصنف عام في كل قرض فاسد ، سواء كان فساده من الجهتين أو من جهـة المقترض وحده ، ما لو قصد نفع نفسه ، ولم يعلم المقترض بذلك .

وأورد ابن محرز على أبي بكر بن عبد الرحمن فقـال : كيف يلزم المقترض القيمة وهو لم يدخل عليها ، وإنما دخل على المثل فقال : هذا مثل مـا قاله فيمن تزوج امرأة فأدخلوا عليه مكانهـا أمة لهم فقـد عدها مالك كـالمحللة وألزم الزوج القيمـة ، وإن كان لم يدخل عليها ، وأشار ابن محرز إلى أن الحكم في مسـألتي القرض والأمة ليس بصحيح ، قال : ولا يصرف عيب المسألة وجود أخرى في مثلها بذلك العيب .

والصواب عندي ألا يؤخـذ المقترض إلا بما دخل عليـه فيغـرم المثل ثم يباع للمقـترض ويعطاه إن كان مساوياً للقيمة أو ناقصاً عنها وليس له سواه ، وإن زاد وقف الزائد رجاء أن يرجع المقرض عن دعواه في فساد القرض ، فإن طال توقفه تصدق به على من هو له .

ومال المازري إلى مـا اختـاره ابن محرز ، قـال : لولا ما ينظر فـيه من يتـولى البيع ، وعلى من تكون العهدة ، وهذا يفتقر إلى نظر آخر .

وشَرْطُهُ أَلا يَجُرَّ مَنْفَعَةً لِلْمُقْرِضِ

أي : سواء تمحضت المنفعة للمقرض أو اشـتركت فيها مع المقترض ؛ أعني : أن تكون المنفعة لهما على السواء أو منفعة المقرض أكثر ، وأما إن كانت منفعة المقترض أكثر فسيتكلم عليها المصنف ، ولا أعلم فيما ذكره المصنف خلافاً .

والسَّفَاتِجُ مُمْتَنِعَةٌ عَلَى الْمَشْهُورِ

يقـال : السفاتج والسفتجات على جمع السلامة ، وواحـده سفتجة ، والسفتجة بفتح السين المهملة وسكون الفـاء وفتح التاء المثناة من فـوق وبالجيم ، وهي كتـاب صاحب المال لوكيله في بلد آخر ليدفع إلى حامله بدل ما قبضه منه .

والمشهور مـذهب « المدونة » ؛ لأن شرط القرض ألا يجر منفعة ، وقـد انتفع هذا بأمر غرر الطريق .

وقيده عبد الوهاب(١) واللخمي بما إذا لم يكن قطع الطريق غالباً ، فإن غلب استحب ؛

(١) « المعونة » (٢/ ١٢٣) .

صيانةً للأموال ، واستدلا بقول مالك في الكراء المضمون بتأخر النقد فيه ؛ لكون الأكرياء قد اقتطعوا أموال الناس ، ويدفع ثلثي الكراء ، ثم أجازه إذا قَدَّمَ اليسير كالدينار ونحوه ، وهذا هو الدين بالدين ، وقد أجازه مالك ؛ لئلا تهلك أموال الناس ، والشاذ لمحمد بن عبد الحكم بالجواز .

ونقل ابن الجلاب[1] عن مالك الكراهة ، قال : وأجازه غيره من أصحابنا ، فإن لم تتأول الكراهة على المنع كان ثالثاً ، وكذلك إن لم يجعل كلام القاضي تقييداً لقول مالك كان رابعاً .

وفي سَلَمِ السَّائِسِ بِالسَّالِمِ فِي زَمَنِ الْمَسْغَبَةِ ، والدَّقِيقِ والْكَعْكِ لِلْحَاجِّ بِدَقِيقٍ فِي بَلَدٍ بِعَيْنِهِ قَوْلانِ ، وفيها : يُسَلِّفُ ولا يَشْتَرِطُ ....

السائسُ هو المُسَوَّسُ ، وتصور كلامه ظاهر ، والمشهور المنع في المسألتين ، والشاذ لسحنون ، وقيد اللخمي المشهور بما إذا لم يقم دليل على إرادة نفع المستسلف فقط ، وأما إن قام ذلك فيجوز ، ونص ابن حبيب على عدم الجواز وإن كان النفع للمستسلف وحده .

ونقل أبو محمد صالح عن أبي موسى المومناني أن قول اللخمي تفسير للمذهب ، وأن قول ابن حبيب خلاف ، ويدل على أن قول اللخمي تفسير قوله في « المدونة »[2] : ومن له إلى جانبك زرع فاستقرضته منه على أن تقضيه من زرع لك ببلد لم يجز ، وإن أقرضك فداناً من زرع تحصده وتدرسه لحاجتك وترد عليه مثل كيل ما فيه ؛ فإن فعل ذلك رفقاً ونفعاً لك دونه جاز إن كان ليس فيما كفيته منه كبير مؤنة في كثرة زرعه ، ولو اعتزى بذلك نفع نفسه بكفايتك إياه لم يجز .

وخص الحاج بالذكر لأنه يقصد إليها غالباً ، وإلا فكل من كان مثله فكذلك .

وهَدِيَّتُهُ لا تَجُوزُ مَا لَمْ يَكُنْ مِثْلُهَا قَبْلُ ، أَوْ حَدَثَ مُوجِبٌ ، فَإِنْ وَقَعَتْ رُدَّتْ ، فَإِنْ فَاتَتْ فَكَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ ....

أي : وهدية المديان لا تجوز ؛ لأنها تؤول إلى السلف بزيادة .

ابن بطال في شرح البخاري : وكذلك هدية ذي الجاه ، وقاله الغزالي .

(١) « التفريع » (٢/١٣٨) .
(٢) « المدونة » (٣/١٧٦) .

وألحق المتأخرون بهدية المديان هدية رب المال لعـامله في القراض ؛ لأنه يقصد بذلك أن يستديم العامل العمـل فيصير سلفاً جر منفعة ، وأمـا هدية العامل لرب المال فإن لم يشغل المال منع بالاتفاق ، وإن أشغله فللمتأخرين قولان ؛ بناءً على اعتبار الحال والمآل ، واختار ابن يونس المنع مطلقاً .

قـوله : (**مَا لَمْ يَكُنْ مِثْلُهَا قَبْلُ**) فتجوز بمثل تلك الـهدية ، وأما لو زادت لم يجز ، وحدوث الموجب كالمصاهرة ونحوها ، وفي « العتبية »[1] عن مالك في مبتاع الزيت بثمن إلى أجل ويبقى له من وزن الزيت رطلان أيتركـهما للبائع ؟ فأجازه في اليـسير وقال : لا يعجـبني في الكثير ، وقال في « البـيان »[2] : كرهه مـالك في الكثير ؛ خـوفا من هدية المبتاع .

وقوله : (**فَإِنْ وَقَعَتْ رُدَّتْ ، فَإِنْ فَاتَتْ فَكَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ**) فيرد المثل في المثلي ، والقيمة في المقوم .

وفِي مُبَايَعَتِه بِالْمُسَامَحَةِ الْجَوَازُ والْكَرَاهَةُ

يعني : أنه اختلف في مبايعة المديان لرب الدين وبمسامحة من المديان له ، ومفهوم كلامه الجواز إذا لم تكن مسامحة .

ومقتضى ما حكاه المازري وابن بشير وغيـرهما العكس ، وهو الظاهر إن كانت مسامحة منع وفاقاً ، وإلا فقولان .

وقيد اللخمي الخلاف بما قبل الأجل ، وأما بعده فلم يحك إلا الكراهة .

وصرح المازري بعدم الجواز بعد الأجل فقال : وكذلك إن كانت المبايعة بعد حلول الدين فلا يجوز ذلك ، وهو آكد في التهمة ؛ لأن الدين قد وجب على مَنْ عليه قضاؤه .

ويَمْلِكُ الْقَرْضَ ، ولا يَلْزَمُ رَدُّهُ إلا بَعْدَ مُدَّةِ الشَّرْطِ أَو الْعَادَةِ ، ولَهُ رَدُّ الْمِثْلِ أَو الْعَيْنِ مَا لَمْ يَتَغَيَّرْ ....

أي : يملك المقترض الشيء المقرض ، ولا يـلزم رده إلا بعد المدة المشروطة بلا خلاف ، وإن لم يشترطا مدة رجعا إلى التحديد بالعادة ، وليس له رجوع قبلها .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٧/ ٢٩٤) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٧/ ٢٩٥) .

قال الخضراوي في «وثائقه» : إلا أن يعسر ، وأجراه على عارية الجدار المبهمة .

ويأتي على قول مطرف وابن الماجشون في الجدار أنه ليس له أن يرجع وإن احتاج .

وما ذكره المصنف من الرجوع إلى العادة عند الإطلاق .

ابن محرز وغيره : هو ظاهر المذهب .

وحكى جماعة فيه إذا اتفقا على أن العقد وقع على الإطلاق ثم طلب رب القرض أخذه ثلاثة أقوال :

قال أبو عمران : ذلك جائز ويقضى بالحلول .

وقال ابن أبي زيد : يقضى بالأجل .

وقال ابن القاسم : لا يجوز وإن لم يتفقا على أن العقد وقع على الإطلاق ؛ وقال المقرض : على الحلول ، وخالفه المقترض فقال الشيخان : القول قول المقترض ، وقال ابن أخي هشام : القول قول المقرض .

وفي « المدونة » القول قول المقترض .

فرأى الشيخان أن الراء مكسورة ، ورأى ابن أخي هشام أنها مفتوحة .

وقوله : (**أَوِ الْعَيْنِ**) أي : وله رد العين المقترض ما لم يتغير بنقص أو زيادة إلا أن يتراضيا ؛ لأنه حينئذٍ في النقص حسن اقتضاء ، وفي الزيادة حسن قضاء .

الْمُقَاصَّةُ إِنْ كَانَ الدَّيْنَانِ عَيْناً مِنْ بَيْعٍ وتَسَاوَيَا صِفَةً وحُلُولاً ومِقْدَاراً جَازَ اتِّفَاقاً

المقاصة هي عند الفقهاء مستثناة من بيع الدين بالدين ، وقسم المصنف الدينين فجعلهما مرة من بيع ومرة من قرض ومرة من بيع وقرض ، وذكر أنهما إذا كانا من بيع ؛ يعني : وهما من العين وتساويا صفة وحلولاً ومقداراً جاز باتفاق ، وسيأتي ما احترز منه بالقيود المذكورة .

والجواز هنا بمعنى الإذن ، وإلا فقد اختلف هل يجب أن يعمل على قول من دعا منهما إليها وهو المشهور ، أو القول قول من دعا منهما إلى عدمها ، رواه ابن زياد عن مالك ؟

وأخذ من « المدونة » في الصرف والسلم الثاني والنكاح الثاني القولان ، وأشار بعض المتأخرين إلى دخول الخلاف في المقاصة هنا من الخلاف في صرف ما في الذمة .

وفـيه بُعْـدٌ ؛ لأن ذلك الخـلاف إنما هو اخـتلاف الدينين في أمـر مـا ، وذلك يوجب اختلاف الأغراض التي يقصد معها المبايعة ، بخلاف هذه المسألة .

فَإِنِ اخْتَلَفَ الْوَزْنُ امْتَنَعَ اتِّفَاقاً

فإن اختلف الدينان في القيد الآخر خاصة من الـقيود المذكورة امتنعت المقاصة باتفاق ؛ لأنها مبادلة وأحد العينين أكثر ؛ فهو تفاضل .

واعترض كلام المصنف بأن ابن حبيب قال : إذا كان أحد الذهبين وازنة والأخرى ناقصة لم تجز المقاصة حتى تحل الوازنة ، فمقتضاه جواز المقاصة إذا حلا .

وقال ابن بشيـر : إذا اختلفا في المقدار والصـفة فلا تجوز المقـاصة إلا أن يحل الأجلان قال: وهذا إذا كانا من بيع .

وقال ابن المواز في الاختـلاف في العدد : إذا كانا من بيع وكان أولهما حلولاً أكـثرهما أن ذلك جائز ، قال : وكذلك إذا كان أحدهما من قرض ، وهو أكثر وأول حلولاً .

واستظهـرنا عليه بالزيادة في العـدد لإطلاقهم الجـواز مع الحلول ، ولم يقيـدوا باتفاق الوزن ولعدم الفارق بين الزيادة في الوزن والعدد .

وإنْ لَمْ يَحلاَّ أَو حَلَّ أَحَـدُهُمَا جَازَ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ ؛ لأَنَّ لَهُ التَّـعْجِيلَ لِتَسَـاوِيهِمَا ، ولا ضَمَانَ فِي الْعَيْنِ ، ورَوَى أَشْهَبُ الْمَنْعَ إِذَا اخْتَلَفَ الأَجَلُ ، وَوَقَفَ إِذَا اتَّفَقَ ....

أي : وإن لم يحل الدينان ، اتفق أجلهمـا أو اختلف أو حل أحدهما فـقط ، فمذهب ابن القاسم جواز المقاصة ؛ لأن لمن عليه الدين تعجيله ؛ لأنه عين ، ولا ضمان فيه فيكون في حكم الحال .

قـوله : (لِتَسَاوِيهِـمَا) أي : في غير الأجل ، ومع التـساوي تبعد التهـمة في البدل المستأخر ، فكأنه قـيل : ولم جاز؟ فقال : لتساوي الدينين في القـدر والصفة المؤجلين في حكم الحالين ، فيحصل التـساوي في الثلاثة ، فتعود إلى ما قبلهـا فلا يتهمان على سلف بزيادة ، ولا حط الضمـان ، ولا ضع وتعجل ، فينتـفي قصد المعـاوضة ، ويتضح قـصد المباراة والمتاركة .

وروى أشهب عن مالك منع المقاصـة إذا اختلف الأجل ، والوقف إذا اتفق ، فمنع مع

الاختلاف ؛ لأن المكايسة تختلف فيه باختلاف الأجل ، ووقف إذا اتفق ؛ للتردد في قصد المعاوضة فيمتنع ؛ لأنه دين بدين ، أو قصد المتاركة لتساوي الأجل فيجوز .

وفي قوله : (**وَوَقَفَ**) إيهامٌ أن الواقف أشهب ، فالأولى أن يقول : «بالوقف» ليكون معطوفاً على المنع .

ولابن نافع ثالث بالجواز إذا حلا أو حل أحدهما ، وبالمنع إذا لم يحلا كان الأجل متفقاً أو مختلفاً .

وحكى ابن بشير رواية أشهب ما يقرب من العكس ، وإن لم ينسبها لأشهب فقال : أجاز إذا حل الأجلان ، ووقف إن لم يحلا .

ابن عبد السلام : والأقرب أنه وهم .

وجعل ابن عبد السلام ما إذا تساوى أجلاهما يرجع إلى القسم الأول الذي حكى فيه المصنف الاتفاق ، وجعل وقف أشهب مانعاً للاتفاق لما تبين في الإجماع السكوتي سواء عددنا وقف الحيرة قولاً أو لا ، وإن كان الأصح ألا يعد قولاً ، لكن تقابل الاتفاق ، والاختلاف تقابل الضدين ، وعلى ما قررنا لا يأتي هذا .

وإِذَا اخْتَلَفَت الصِّفَةُ ، والنَّوْعُ وَاحِدٌ أَو مُخْتَلفٌ ، فَإِنْ حَلاَّ جَازَ عَلَى صَرْف مَا في الذِّمَّة، وإِنْ لَمْ يَحِلاَّ مُنِعَ عَلَى الْمَشْهُورِ ؛ لأَنَّهُ صَرْفٌ أَو بَدَلٌ مُسْتَأْخِرٌ ، وقَالَ اللَّخْمِيُّ : إِنْ كَانَ الأَجْوَدُ حَالاً أَو أَقْرَبَ حُلُولاً جَازَ ...

يعني : إذا اختلفت صفة العينين مع اتحادهما في النوع كمحمدية ويزيدية أو كان النوع مختلفاً ؛ فإن كان على أحدهما ذهب والآخر فضة فإن حل الأجلان جازت المقاصة ؛ لأنها مبادلة في الوجه الأول وصرف ما في الذمة في الثاني .

وعلى الشاذ أنه يمتنع صرف ما في الذمة يمتنع هنا ، وقد نص ابن وهب وابن لبابة على منع المقاصة بين الذهب والفضة ، واقتصر المصنف بتوجيه الصرف عن توجيه جواز البدل ؛ لأنه في معناه .

وإن لم يحل الدينان إما بأن لم يحلا معاً أو حل أحدهما فالمشهور المنع ؛ لأنه في المختلف النوع صرف مستأخر ، وفي المتفق بدل مستأخر ، وهذا معنى قوله : (**لأَنَّهُ صَرْفٌ أَو بَدَلٌ مُسْتَأْخِرٌ**) فـ (**أَوْ**) في قوله : (**أَوْ بَدَلٌ**) للتفصيل .

قوله : (**وقَالَ اللَّخْمِيُّ...إلخ**) جعله اللخمي من باب المراطلة ، فإن تقدم الأجود فقد أحسن إليه من وجهين بـأن يأخذ اليزيدية المؤخرة في المحمدية المعجـلة فلا يتهم ، بخلاف العكس ؛ لأنه كأنه يقول : ضع عني زيادة المحمدية لأعجل لك اليزيدية .

وانظر هل قول اللخمي ثالث أو هو مقابل المشـهور؟ وهو الأظهر ؛ لأن لنا قولاً بجواز صرف ما في الذمة إن لم يحلا .

وكلام اللخمي ظاهر في المعنى ، وينبغى أن يقيد المشهور بما إذا لم يتضح بعد التهمة ، وأما إذا كان أحدهما أكثـر من الآخر كثرة بينة فينبغى أن يجوز لبعدهما حـينئذ عن التهمة على الصرف المؤخر على ما تقدم في بياعات الآجال .

والْقَرْضُ كَذَلِكَ ، إلاَّ أَنَّهُ تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى تَفْصِيلٍ تَقَدَّمَ

أي : وإن كان الدينان مع كونهما من العين من قرض -وفي معناه أن يكون أحدهما من قرض- فكالدينين ، وأما إذا كـانا من بيع فإن تساويا صفة وحلولاً ومـقداراً جاز ، وإن لم يحلا وهما متساويان في الصفة والمقدار جاز عند ابن القاسم .

وأما إن اختلفا في الـصفة أو في المقدار فقد أشار إلى حكم ذلك بالاسـتثناء في قوله : (**إلاَّ أَنَّهُ تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى تَفْصِيلٍ تَقَدَّمَ**) في قوله : (**وَالْقَضَاءُ بِالأَصْلِ صِفَةٌ...إلخ**) .

فَإِنْ كَانَا طَعَامًا مِنْ قَرْضٍ فَكَذَلِكَ

أي : وإن كان الدينان طعـاماً من قـرض فكالدينين إذا كانا عيـناً من قرض فيـجوز في الطعامـين ما يجوز في العـينين ، ويمتنع في الطعامـين ما يمتنع في العيـنين ، ولا فرق في الطعامين هنا بين أن يتساوى أجـلاهما أم لا ، ولا بين أن يحل أحدهما أم لا ؛ لأن طعام القرض يجـوز بيعه قـبل قبضـه ، ولهذا قال المازري : خَـرَّجَ بعضهم هنا الثـلاثة الأقوال المتقدمة في العينين المتساويين صفة وحلولاً ؛ أعني : المتقدمة في قوله : (**فَإِنْ لَمْ يَـحِلاَّ أَوْ حَلَّ أَحَـدُهُمَـا**) لأن الذهب يجوز بيعه قبل قبضه وطعـام القرض يجوز بيعه قبل قبضه ، انتهى .

وحكى بعضـهم الثلاثة الأقوال نصا صـريحاً ، وهذه الأقوال إنما هي إذا اتفقت الـصفة والمقدار ، وأما إن اختلفت الصـفة كمحمولة وسمراء فلا يجـوز إلا أن يحلا ؛ لأنه حينئذ

بدل ، وأما إن لم يحلا أو لم يحل أحدهما لم يجز ، قاله في « المدونة »[١] ، قال : لأنه لا يجوز قضاء سمراء من بيضاء ، ولا بيضاء من سمراء قبل الأجل من بيع أو قرض ، قال فيها : ولابن القاسم قول آخر في أخذ السمراء عن المحمولة قبل الأجل إذا كان ذلك من قرض .

سحنون : وهو أحسن .

وإِنْ كَانَا مِنْ بَيْعٍ فَإِنِ اخْتَلَفَا أَو رُؤُوسُ الأَمْوَالِ أَو الأَجَلُ امْتَنَعَ ، فَإِنِ اتَّفَقَ الأَجَلُ مَنَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ ، وأَجَازَ أَشْهَبُ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ طَعَامٌ بِطَعَامٍ نَسِيئَةً أَو قَبْلَ قَبْضِهِ ، أَو عَلَى أَنَّهُ كَالإِقَالَةِ...

أي : وإن كان الطعامان من بيع فإن اختلفا في الجنس والصفة والكيل والأجل امتنع التقاصُّ .

و (**أَو رُؤُوسُ الأَمْوَالِ**) معطوف على الضمير في اختلف ، وفيه العطف على الضمير المرفوع بالفصل ، ولا يجوز عند البصريين إلا في الضرورة ، ومنع لأنه بيع الطعام قبل قبضه فتحقق القصد إلى البيع بسبب الاختلاف .

وما ذكره المصنف من أنه إذا اختلف الأجل يمتنع التقاص هو جَارٍ على المشهور أن المعجل لما في الذمة يُعَدُّ مسلفاً .

قال في « الجواهر »[٢] : وأما على ما قاله القاضي أبو إسحاق في إسقاط التأجيل فيجوز ، فإن اتفق الأجلان بخلاف رؤوس الأموال والطعامان فقولان :

أولهما لابن القاسم : المنع من المقاصة ؛ لأنه طعام بطعام نسيئة ، ولأنه بيع الطعام قبل قبضه ، زاد المازري : ولأنه دين بدين .

ثانيهما لأشهب : الجواز ؛ لأنه كالإقالة ، وهي جائزة .

وشبه بالإقالة ولم يقل إقالة لأنهما لم يصرحا بها ، وقد اتضح لك أن قوله : (**بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ طَعَامٌ بِطَعَامٍ نَسِيئَةً أَو قَبْلَ قَبْضِهِ**) تعليل لقول ابن القاسم وأن (**أَوْ**) للتفصيل ، وأن قوله : (**كَالإِقَالَةِ**) تعليل لقول أشهب .

---

(١) « المدونة » (٣/ ١٨٢) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٥٧٣) .

وفي كلامه نظر ؛ لأن الواقع فيما رأيته من النسخ : (**فَإِنِ اتَّفَقَ الأَجَلُ مَنَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ**) وليس بظاهر ، وصوابه (**الكُلُّ**) كما ذكر ابن شاس إلا أن يقال : لعله اكتفى بالتعليل بالإقالة ، فإنه يشعر بالتساوي في ذلك ؛ لأنه شرط .

فَإِنْ كَانَ مِنْ قَرْضٍ وَبَيْعٍ غَيْرِ مُخْتَلِفَيْنِ فَإِنْ حَلاَّ جَازَ ، وَإِنْ لَمْ يَحِلاَّ أَوْ حَلَّ أَحَدُهُمَا مَنَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَجَازَ أَشْهَبُ ، وَثَالِثُهَا : إِنْ حَلَّ السَّلَمُ جَازَ ....

يعني : فإن كان أحد الطعامين سلماً والآخر قرضاً غير مختلفين في النوع والصفة والأجل فإن حلا جازت المقاصة وكان الذي له السلم اقتضى من نفسه طعام القرض الذي عليه ولا تهمة ؛ لاتفاق الطعامين .

قوله : (**وَإِنْ لَمْ يَحِلاَّ**) أي : وإن لم يحل الطعامان ، والمسألة بحالها : أو لم يحل أحدهما وحل الآخر فثلاثة أقوال ، وتصورها من كلامه واضح .

والثالث نقله المازري عن أشهب أيضاً ونقل عنه أيضاً الجواز إذا حلا جميعاً أو حل أحدهما ، ونقل المازري عن ابن حبيب أنه أجاز المقاصة إذا اتفق الأجلان .

وإن لم يحلا فرأى ابن القاسم أن مع اختلاف الأجل تختلف الأغراض ؛ فيصح تقديم الطعام قبل قبضه ، وغلب في الثاني حكم المعروف كما لو حلا معاً ، وهو الذي راعى في الثالث إلا أنه أحسن ؛ لاشتراطه حلول السلم وحده ؛ لأن الغرض وإن لم يحل فالأجل مِنْ حَقِّ مَنْ عليه الطعام فله التعجيل فيصير الكل في معنى الحال .

وغلب ابن حبيب المعروف فأجاز ذلك وإن لم يحلا إذا اتفقت الآجال ؛ لتفاوت الأغراض في ذلك مع تساوي الآجال .

وَإِنْ كَانَ الدَّيْنَانِ عَرْضاً فَمَا حَلَّ أَوْ كَانَ أَقْرَبَ حُلُولاً فَمَقْبُوضٌ عَنِ الآخَرِ ، فَإِنْ أَوْقَعَ فِي : « ضَعْ وَتَعَجَّلْ ، أَوْ حُطَّ الضَّمَانَ وَأَزِيدُكَ » امْتَنَعَ ، وَإِلا جَازَ ...

قال المازري : إن اتفق العرضان في الجنس والصفة فالمقاصة بينهما جائزة مطلقاً من غير التفات إلى تماثل الأجلين واختلافهما أو تساوي الأسباب واختلافها ، وإن اختلف جنسهما ككساء ورداء ؛ فإن اتفق الأجل جازت المقاصة لأن اتفاق الأجل يرفع القصد إلى المكايسة

كما رفعها تساوي العرضين في الصفات ، وإن لم يتفق الأجل منعت المقاصة إلا بشرط أن يحلا معا.

واختلف إذا حل أحدهما ؛ ففي « المدونة »[1] الجواز لانتفاء قصد المكايسة بحلول أحدهما، وفي « الموَّازيَّة » : لا يجوز لاختلاف الآجال .

ابن محرز : وهو الأصح عندي ، وإن اتحد جنس العرضين ولم يحلا معاً -سواء اختلفت الصفة أو اتفقت- فإن اتفق الأجل جاز التقاص ، وهذا القسم الأخير هو الذي تعرض المصنف لبيانه وأعطى فيه ضابطاً ؛ وهو : أن ما حل أو كان أقرب حلولاً فهو مقبوض عما لم يحل أو عما هو أبعد حلولاً ، فإن أدى اقتضاؤه عنه إلى : « ضع وتعجل، أو حط الضمان وأزيدك » امتنع ، وإن لم يؤد إلى واحد منهما جاز ، فإن كانا من بيع أو كان الحال أو الأقرب حلولاً أكثر أو أجود امتنع ؛ لأنه حط الضمان وأزيدك .

وإن كان أدنى أو أقل امتنع ؛ لأنه ضع وتعجل ، وهذا إذا كانا من بيع .

فإن كانا من قرض والحال أو الأقرب أدنى أو أقل امتنع ؛ لأنه ضع وتعجل ، وإن كان أجود جاز ؛ إذ لا ضمان في القرض ، وإن كان أكثر عدداً امتنع ؛ لأنه زيادة في القرض ، وهو مكروه في المجلس ، قاله في « النكت »[2] ، ويدخل فيه الخلاف المتقدم فيمن رد في القرض أكثر عدداً ، وإن كان أحدهما من قرض والآخر من بيع فأجره على القسمين السابقين ؛ أجازه من أجاز المقاصة في القرض برؤوس تلك العروض وكذلك غيره ، ويسلك بعض الشيوخ طريقة أخرى فلا يجوز ، وإنما قلنا: إن كلام المصنف خاص بالجنس الواحد ؛ لأن : «حط الضمان وأزيدك ، وضع وتعجل» خاص .

وظاهر كلام المصنف أنه لا يعتبر فيهما ، وإن اتفق أجلاهما فذلك جائز سواء كانا من بيع أو قرض أو من بيع وقرض أو كان رأس المال دنانير والآخر دراهم ، وتراخى ما بين المداينين التقاص لئلا يدخله صرف مستأخر .

المازري : واستدل هنا بما في السلم من « المدونة» فيمن أسلم دنانير في عروض ، وأخذ

---

(١) « المدونة » (٣/ ١٥١) .

(٢) « النكت والفروق » (٢/ ١٨٦) .

رهناً بالسلم فضـاع الرهن ووجب ضمانه من المرتهن فأراد المقـاصة ، فإنه يعتـبر في جواز المسألة أن يكون هذا الرهن مما يصلح بيعه برأس المال إلى أجل ، انتهى بمعناه .

ولَيْسَ فِي الْقَـرْضِ حُطَّ الضَّـمَـانَ وأَزِيدُكَ ؛ لأَنَّهُ يَـلْزَمُ قَـبُـولُهُ بِخِـلافِ السَّلَمِ ، وضَعْ وتَعَجَّلْ يُدْخِلُ الْبَابَيْنِ ....

المراد بالبابين القرض والسلم ، وكلامه ظاهر مما تقدم .

* * *

كتاب الرهن

الرَّهْنُ : إِعْطَاءُ أَمْرٍ وَثِيقَةً بِحَقٍّ

الرهن لغة هو : اللزوم والحبس ، وكل شيء ملزوم فهو رهن ، يقال : هذا رهن لك، أي : محبوس دائم لك ، قال تعالى : ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾ [المدثـر:٣٨] أي : محبوسة ، والرَّاهِنُ دافع الرهن ، والمُرْتَهِنُ بكسر الهاء آخذه ، ويقال لِلرَّهْنِ : مُرْتَهَنٌ بفتح الهاء ،وقد يطلق على آخذه ؛ لأنه وضع عنده الرهن ،وعلى الراهن ؛ لأنه يسأل الرهن .

الجوهري[١] ، **والنووي**[٢] : يقال: رهنت الشيء وأرهنته .

وقال عياض : لا يقال أرهنه ، وجمع الرَّهْن : رِهَانٌ وَرُهُونٌ وَرُهْنٌ .

الأخفش : وَرُهْنٌ قبيحة ؛ لأنه لا يجمع فَعْلٌ على فُعُلٍ إلا قليلاً شاذا، قال: وذكر أنهم يقولون : سَقْفٌ وَسُقُفٌ ، وقد يكون الرُّهُنُ جمع الرِّهَانُ ؛ أي : فيكون جمع الجمع.

وحده المصنف اصطلاحاً بقوله : (**إِعْطَاءُ...إلخ**) ، (**إِعْطَاءُ**) أمر كالجنس .

ابن عبد السلام : وأتى بلفظ (**أَمْرٍ**) ليشمل الذوات والمنافع ، فإنه يصح رهناً .

قال ابن راشد : (**إِعْطَاءُ**) مصدر ، وهو يضاف للفاعل والمفعول ، فإن أضفته هنا إلى الفاعل فامرؤ مـهموز ، والمعنى : إعطاء رجل وثيقة بحق ، وإن أضفتـه للمفعول لم يكن مهـموزاً وكـان بمعنى : شيء ، والمعنى : إعطاء شيء وثيقـة بحق ، والأول أصح ؛ لأن إضافة المصدر إلى الفاعل أكثر .

ونبه بـقوله : (**إِعْطَـاءُ**) على الإقباض ؛ لأن الرهن لا يتم بمجـرد القبض حتى يكون المالك هو الذي أقبضه إيـاه وأذن له في قبضه ، فلو تولى المرتَهِن قبضـه دون إقباض مالكه وإذنه لم يكن رهناً ، بـخلاف الهـبـة والصـدقـة ؛ لأنه تعـالى وصف «الرِّهَانَ» بكونهـا «مقبوضة» ولفظ : «مقبوضة» يقتـضي قابضاً ومقبوضاً منه ؛ فلابد من المقبوض منه ، وإلا لم يصح وصفه بكونه مـقبوضاً ، ولما لم يقل ذلك في الهبة والصـدقة صح قبض الموهوب

---

(١) « الصحاح » (١/ ٢٧٤) .

(٢) « تحرير ألفاظ التنبيه » (ص / ١٩٤) .

له والمتصدق عليه دون إقباض من الواهب أو المتصدق ، انتهى .

ويمكن أن يُدَّعَى أنه من إضافة المصدر إلى المفعول ، ولو قرئ امرئ بالهمز ، وكلام ابن عبد السلام يأتي على أنه إضافة للمفعول ، ويـرجح أيضاً كونه مضافاً للفاعل أنه لو أضافه للمفعـول لقـال : إعطاء شيء ؛ لأن ذلك أقرب للفـهم ، ولأن الأمر حقـيقـة في القول المخصوص على المختار عند أئمة الأصول .

وقـوله : (**وَثِيقَـةً بِحَقٍّ**) يخرج ما يعطى لا على سبـيل التوثق ، بل على سبيل الملك كالبيع ، أو الانتفاع كالمستأجر والمعار .

قـيل : وهو غير مانع لدخول الحميل فيـه لاسيما -على المشهور- أنه لا يطالب إلا بعد تعـذر الأخذ من المضـمون ، ولدخـول اليمـين فيـما إذا أحلف رب الدين على الوفـاء ، ولدخول وثيقة الدين ، فإن ما ثبت من الدين معطى لرب الدين على وجه التوثق .

وأجيب : بأن لفظة (**إِعْطَاءُ**) تقتضى حقيقتها دفع الشيء للمرتهن ، ولا يَصْدُقُ ذلك على اليمين والحميل حـقيقة ، والوثيقة المكتوبة وإن صح دفـعها لرب الدين ؛ لأن قوله : (**وَثِيـقَـةً بِحَقٍّ**) يقتضى رد ذلك الشـيء إلى يد دافعه ، والوثيقة المكتـوبة لا يلزم ردها بعد استيفاء الحق .

واعترض أيضاً أن الرهن مصدر ، والأغلب في استعمال الفقهاء إطلاقه على المرهون ، فينبغي أن يقول عوض قوله : (**إِعْطَاءُ**) (**مُعْطًى**) .

ومذهبنا ومذهب الجمهور صحة الرهـن حضراً وسفراً خلافاً لمجاهد أنه لا يصح إلا فى السفر .

وَأَمْرُ الصِّيغَةِ كَالْبَيْعِ

يعـني : فيكفي في التوثق كل فعل أو قول دل علـيه ، فتكفي المعاطاة ، هكذا قرر ابن راشد وابن عـبد السلام هذا المحل ، وهو ظاهر لفظه ، والذي نسبـه ابن رشد[1] لابـن القاسم أن الرهن يفتقر إلى التصريح بلفظه ، خلافاً لأشهب .

وذكر أن اختلافهما قائم من مسألة النفقة على الرهن التي في « المدونة »[2] ؛ لأن عند

(١) « البيان والتحصيل » (١١/ ٩٣) .
(٢) « المدونة » (٤/ ١٤٦) .

ابن القاسم: المرتَهِن لا يكون أحق بما أنفق حتى يقول له الراهن : والرهن بما أنفقت رهنا .

وعند أشهب يكون أحق به إذا قال : أنفق على أن نفقتك فيه ، وإن لم يقل رهناً .

خـليـل : وهذا أخذ ظاهر، غير أنه مبـني على ظاهر «المدونة»، فإن المسألة تنقسم ثلاثة أقسام كما ذهب إليه ابن شـبلون، لا على ما ذهب إليه ابن يونس وغيره أنه لا فرق بين أن يقول : أنفق والرهن بما أنفقت رهن ، وبين أن يقـول : أنفق على أن نفقتك في الرهن ، وسيأتى .

خليـل : ويؤخذ مما في وكالة «المدونة» أن الرهن لا يفتـقر إلى التصريح بلفظة الرهن ؛ لقوله: وإن قـال له : انقد عني واحبسـه حتى أدفع لك الثمن، فهـو بمنزلة الرهن ، وقاله بعضهم .

وَشَرْطُ الْمَرْهُونِ أَنْ يَصِحَّ مِنْهُ اسْتِيفَاءٌ ؛ فَلا يَجُوزُ خَمْرٌ وَلا خِنْزِيرٌ مِنْ ذِمِّيٍّ وَغَيْرِه

ابن عبد السلام : ينبغي أن تكون (مِنْ) سببية ؛ كقوله تعالى : ﴿**مِمَّا خَطِيئَاتِهِمْ أُغْرِقُوا**﴾ [نـوح:٢٥] أو لابتداء الغاية ، ولا يـصح أن تكون للتبعيض ؛ لأن رهن مـثل الدين فيه اضطراب في المذهب ، انتهى .

وفيه نظر ؛ لأنـه سيأتي أنه يصح رهن ما لا يعـرف بعينه إذا كان عند أمين أو مختـوماً عليه .

واشتـرط في الرهن : أن يصح منه الاسـتيفـاء ؛ لأن فائدة الرهـن بيعه عنـد الوفاء ، والخمر ونحوه لا يجوز بيعه ، (**فَلا يَجُوزُ خَـمْرٌ وَلا خِنْزِيرٌ**) أتى بالفاء المؤذنة بالسببية ؛ أي : فبـسبب اشتراطنا في الرهن مـا ذكر لا يجوز لمسلم رهن خـمر ولا خنزير لمسلم ولا ذمي ، ويحتمل أن يقـدر كلامه : فلا يجوز للمسلم ارتهـان خمر ولا خنزير من ذمي ولا غـيـره ، وهكذا قـال في « المدونة »[(١)] : لا يجـوز لمسلم أن يرتهن من ذمي خـمـراً ولا خنزيراً، والاحتمال الأول أظهر ، لكن الكلام في المرهون .

فرع مرتب :

فعلى الاحـتمال الأول : إذا رهن المسلم الخـمر ونحوه من ذمـي ؛ أريقت عليه ، ولم يكن عليه أن يأتي برهن آخر .

---

(١) « المدونة » (٤/ ١٥٠) .

وعلى الثـاني : إذا ارتهن المسلم خـمراً لذمي ، فـقال أشـهب : إذا قبـضهـا ثم فلس الذمي؛ فلا رهن للمرتهن والغرماء فيه أسوة ، لأن رهنه لم يكن جائزاً في الأصل .

سـحنون : إلا أن يتخلل فهو أحـق به ، قال : وإن باع المسلم سلعة من الذمي وارتهن منه خمراً ؛ فـلا يفسد البيع ويرد الخـمر إلى الذمي ، ولو أراد المسلم وقفهـا بيد ذمي إلى أجل دينه لما يخاف من عدم ربها لم يكن له ذلك .

فرع :

قـال في « المدونة »[(١)] : ومن ارتهن عصيراً فصار خمـراً ؛ فليرفعها إلى الإمام لتراق بأمره، وكذلك الوصي يجد خمراً في التركة خوفاً من أن يتعقب بأمر .

اللخـمي وابن يونس وغيـرهما : وإنما تراق إذا كان الراهن مسلماً ، وأمـا إذا كان ذميا فلترد إليه .

اللخمي : وقوله : فليرفعها إلى السلطان ، يريد : إذا كان حاكم الموضع يحكم ببقائها أو يخللها ، وإلا فليس ذلك عليه .

وَجِلْدُ الْمَيْتَةِ كَبَيْعِه

أي : رهن جلد الميتـة يختلف فيه كمـا يختلف في بيعه ، ومـذهب « المدونة » : عدم جواز بيعه ورهنه .

وعلى قول ابن وهب : يجوز رهنه بعد الدباغ ؛ لطهارته حينئذ عنده .

المازري : ويجري في رهن الكلاب وجلود السباع ما في بيعها .

وَيَجُوزُ رَهْنُ الدَّيْنِ مِنَ الْمِدْيَانِ وَغَيْرِه

يجوز رهن الدين ممن عليـه ، وهو مراده بـ (**الْمِـدْيَانِ**) ، ومن غيره ، وهو ظاهر ، ويشترط في جواز رهنه مـن المديان : أن يكون أجل الدين المرهون مؤجلاً بمثل أجل الدين الذي هو رهن به أو أبعد لا أقـرب ؛ لأن بقاءه بعد مـحله كالسلف فـصار في البيع بيـعاً وسلفاً ، إلا أن يجعل بيد أمين إلى محل أجل الدين الذي رهن به البائع .

الباجي[(٢)] : وهذا تفسير قول مالك في « العتبية » وغيرها .

---

(١) « المدونة » (٤/ ١٦١) .

(٢) « المنتقى » (٧/ ٢٦٣) .

وسيأتي كيفية قبض الدين إذا كان على غير المدين من كلام المصنف .

وَلا يُشْتَرَطُ الإقْرَارُ

هذا وقع في كثير من النسخ بقاف وراءين ، وعليـها تكلم ابن راشد ؛ أي : لا يشترط إقرار المدين بالدين ؛ لأن رهن المجـهول جائز بخلاف البـيع ، وكأن المرتَهِن دخل على أنه إن أقر به وإلا استوفاه من الأصل ، ولم يصح ذلك في البيع لهذه الجهالة .

ابن عبد السلام : والصواب ضبط اللفظ بالفاء وراء بعدها وزاي بينهما ألف ؛ فتقول : الإفراز .

هكذا هي في كـلام ابن شاس[1] والغزالي ، الذي قصد ابن شاس نـحوه ، تنبيها من الجميع على مخالفة أبي حنيفة في منعه رهن المشاع .

خليل : وقد يقال : بل الأولى أحسن لمساعدة ما قبلها لها ، ولأن المصنف سيتكلم على المشاع ، والإفراز : هو القسمة .

وَيَجُوزُ رَهْنُ غَلَّةِ الدُّورِ وَالْعَبْدِ

تصوره ظاهر ، وجوز ذلك حوز رقبتـهما ، وتوضع الغلة على يد أمين أو يختم عليها إن كانت مما لا يعرف بعينه .

وَرَهْنُ الآبِقِ والْبَعِيرِ الشَّارِدِ إنْ قُبِضَ قَبْلَ مَوْتِ صاحِبِهِ أو فَلَسِهِ

أي : يجوز رهن الآبق والبعير الشارد ، ولم يحك المازري وغيره في ذلك خلافاً إذا لم يقارن عقد البيع ، وَخَرَّجَ بعضهم قولاً بالمنع من الجنين ، ورُدَّ بأن الغرر في الجنين أقوى ؛ لأنه باعتبار وجوده وعدمه ، بخلاف الآبق ونحوه ؛ فإنه باعتبار وصفه .

المازري : وأما إن اشترط في عقد البيع ؛ فقولان بالجواز وعدمه .

ابن رشد[2]: والمشهور الجواز ؛ بناءً على أنه لا حصة له في الثمن ، أوْ له حصة .

وظاهر المذهب : أن الرهن لا حصة له من الثمن .

قال في « البيان »[3] : والقولان في ذلك قائمان من «المدونة» ، انتهى .

(١) « الجواهر » (٢/ ٥٧٧) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/ ٤٧) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١١/ ٤٧) .

وأما القـول بأنه لا حصة له ؛ فـمن قوله في باب الرهن : فيـمن وكلّ رجلاً على بيع سلعةٍ فباعها وأخذ بالثمن رهناً ؛ أن الخـيار للموكِّل في قبول الرهن ، فلم يجعل له خياراً في رد البيع وإمضائه .

ولو كان له حصة من الثمن لكان الوكيل متعدياً في بيعه بأقل من ثمن المثل .

ابن عبد السلام : وأما القول بأن له حصة من الثمن ، فمن قوله : وإن بعت منه سلعة بثمن إلى أجل على أن تأخذ منه رهناً ثقة من حقك فلم تجد عنده رهناً ؛ فلك نقض البيع وأخذ سلعتك ، أو تركه بلا رهن .

وقـد يقال : إنما جـعل في « المدونة » نقض البـيع لمخالفـة الشرط لا لنقص الثـمن ، فانظره.

فرع :

وإذا بنينا على القول بمنع اشتـراطه في عقدة البيع ، فهل يفسخ العـقد باشتراطه أو لا؟ فيه قولان .

المازري : وهما جاريان على الخلاف في الشروط الفاسدة المقارنة للبيع .

وقوله : (**إِنْ قُبِضَ قَبْلَ مَوْتِ صَاحِبِه أو فَلَسِه**) ليس بظاهر ؛ لأن رهن الآبق والشارد صحيح وإن لم يقبـضا قبل موت صاحبهـما ، وإنما القبض قبل موت صاحبـهما شرط في صحة الاختصاص .

وَفِي رَهْنِ الْجَنِينِ قَوْلَانِ

المشهور أنه لا يصح ، خلافاً لأحـمد بن ميسر فإنه أجازه قيـاساً على غيره من الغرر ، ورد بأن الغرر في الجنين أقوى كما تقدم .

اللخمي : وهذا إذا كان في أصل عقد البيع .

وَرَهْنُ الثِّمَارِ قَبْلَ بُدُوِّ صَلاحِهَا أَوْ بَعْدَهُ

معطوف على قوله : (**وَيَجُوزُ رَهْنُ غَلَّةِ الدُّورِ**) أي : ويجوز رهن الثمار والزرع ، ولا خلاف في ذلك إن بدا صلاحها ، ولهذا كان قوله : (**أَوْ بَعْدَهُ**) لا يحتاج إليه ، وأما قبل بدو الصلاح فالمشهور ما ذكره المصنف ، وروي عن مالك عدم الجواز .

وقوله : (قبله) يريد : وقد خلقت الثمرة .

المازري : وأما إن لم تخلق فذلك كرهن الجنين .

فَإِنْ مَاتَ الرَّاهِنُ وَلا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ انْتَظَرَ بُدُوَّ الصَّلاحِ

أي : فإن مات راهن الثمرة التي لم يبد صلاحها ولم يكن له مال غيرها ؛ انتظر بالثمرة بدو الصلاح لتباع ، وإنما انتظر بها بدو الصلاح لأن بيعها قبل ذلك لا يجوز .

واحترز بقوله : (**وَلا مَالَ لَهُ**) مما إذا كان له مال ؛ فإنه يأخذ منه ، لأن حق رب الدين في ذمة المديان .

فَإِنْ كَانَ الرَّاهِنُ عَلَيْهِ دُيُونٌ وَلَهُ مَالٌ لا يَفِي بِهَا ؛ فَإِنَّهُ يُحَاصُّ فِي الْمَوْتِ وَالْفَلَسِ بِجُمْلَةِ دَيْنِه ، فَإِذَا بَدَا صَلاحُهَا بِيعَتْ ، فَإِنْ وَفَّتْ رَدَّ مَا أَخَذَهُ ، وَإِلاَّ قُدِّرَ مُحَاصًّا لِلْغُرَمَاءِ بِمَا بَقِيَ ، فَمَا زَادَ رَدَّهُ عَلَيْهِمْ

مثال المسألة : لو كان عليه ثلاثمائة دينار لثلاثة رجال لكل واحد مائة ورهن عند أحدهم تمراً أو زرعاً قبل بدو الصلاح ، ثم فلس الراهن أو مات ووجد للغريم مائة وخمسين ديناراً؛ فإن الثلاثة يتحاصون فيها ، فيكون لكل واحد خمسون نصف دينه ، وإنما دخل المرتَهِن معهم لأن دينه متعلق بذمة الراهن ، والثمرة لا يمكن بيعها ؛ لأنه قد تطرأ عليها آفة الآن فتهلك ، فإذا حل بيعها بيعت واختص بها المرتَهِن ، فإن بيعت بمائة ردَّ الخمسين التي كان أخذها أولاً ؛ لأنه قد تبين أنه لا يستحقها ، هذا معنى قوله : (**فَإِنْ وَفَّتْ رَدَّ مَا أَخَذَهُ**) .

وإن لم تف كما لو بيعت بخمسين اختص بها ، ثم يقال له : قد تبين أنك إنما يجب لك الحصاص بخمسين ؛ فلا يكون لك إلا ثلاثون بثلاثة أخماسها ؛ لأن لك خمسين ، ولكل واحد منا مائة ، فالمجموع مائتان وخمسون ، والموجود مائة وخمسون ، ونسبتها إلى المائة والخمسين ثلاثة أخماس ، فيمسك بيده من الخمسين ثلاثين مع الخمسين ثمن الثمرة فيكون بيده ثمانون ، ويرد العشرين الفاضلة فيكون لكل واحد منهما عشرة مع الخمسين الأولى ، فيكون بيد كل واحد ستون .

وهذا معنى قوله : (**وَإِلاَّ قُدِّرَ مُحَاصًّا لِلْغُرَمَاءِ بِمَا بَقِيَ ، فَمَا زَادَ رَدَّهُ عَلَيْهِمْ**) وهذا الذي ذكره المصنف في كيفية العمل هو قول ابن القاسم ، وخالف في هذه الكيفية يحيى بن

عمر، ووافق على المعنى ، فقال : بل ينظر ، فإن كـان بيد كل غريم نصف حقه أو ثلثه ؛ فليحـبس هذا مما بيده قـدر نصف أو ثلث ما نقص من ثمن الزرع عن ديـنه ؛ لأنه به كان يجب الحصاص ويرد ما بقي ، فيتحاصص هو وهم بقدر ما بقي لكل واحد .

فعلى قوله : يسـقط من يد المرتَهِن خمسون ثمن الزرع ، يبقى له من دينه خـمسون ، وقد كان أخـذ كل واحد من الغريمين اللذين لا رهن بيـدهما خمسين نصف دينه ؛ فـيأخذ هذا من الخمسين خمسة وعـشرين ، فتبقى خمسة وعشرون ويتحـاصَّان هما والمرتَهِن فيما بقي ، وقد علمت أن البـاقي للمرتهن خمسة وعـشرون ، ولكل واحد منهما خـمسون ؛ فمجمـوع ذلك مائة وخمسة وعـشرون ، ونسبة الخمسـة والعشرين المردودة من يد المرتهن إليهـا خمس ، فيـأخذ كل واحد خمس ديـنه ، فيأخذ المرتهـن منها خمسـة يضيفـها إلى الخمـسين ثمن الزرع ، وإلى الخمـسة والعـشرين التي وجـبت له بالحصاص ؛ فـذلك كله ثمانون ، ويحصل لكل من الغـريمين الباقين عشرة مضافة إلى الخـمسين الحاصلة له أولاً ؛ فذلك ستون .

ولعل المصنف لما رأى أن هذا الخـلاف لا يجري مـعنى تركه لذلك ، ولما كـان قول ابن القاسم أخصر في العمل اقتصر عليه ، والله أعلم .

وَيَصِحُّ رَهْنُ الْمُسَاقَى وَالْمُشَاعِ وَالْمُسْتَأْجَرِ لِلْمُسْتَأْجِرِ وَغَيْرِهِ

يعني : إذا دفع رجل حائطاً مساقاة لرجل ، فإنه يجوز أن يرهن ذلك الحائط ، وكذلك يصح رهن المشاع خلافاً للحنفية ، وحكاه ابن عبد السلام رواية في المذهب .

وذكر المازري عن أبي الطيب عبد المنعم أنه خرج قولاً كـمذهب الحنفية من قول من قال من أصحابنا : إن هبة المُشَاع لا تصح .

المازري : وهذا النقل الذي نقله والتخريج الذي خَرَّجَهُ لم أسمعه من أحد من أشياخي.

وقوله : (**والْمُسْـتَأْجَر**) أي : ويصح رهن الشيء المستأجر لمن هو في إجارته وغيره ، وقد اتضح لك أن (**الْمُسَـاقَى**) اسم مفعول ، والمستأجَر الأول كذلك ، بخلاف المستأجِر الثاني فإنه اسم فاعل .

فرع مرتَّبٌ :

إذا صح رهن المساقى فإما أن يرهن الحائط للعامل فيه أو لا ؛ فإن رهن للعامل فسيتكلم

المصنف على حيازته ، وإن رهن لغيره ؛ ففي « الموَّازيَّة » : يجعل المرتهن مع المساقى رجلاً، أو يجعلانه على يد رجل يرضيان به ، وقال مالك : لا يصح الرهن إذا كان المساقى أو أجير له في الحائط ، وإنما يصح إذا جعلاه بيد غير من في الحائط ، وبه يصح حوز المستأجر كما قاله ابن القاسم في « الدمياطية » فيمن ارتهن بعيراً وهو في الكراء : إن كان المرتهن يعرفه ويقوم به فهو حوز .

وَيَجُوزُ رَهْنُ الأُمِّ دُونَ ولَدِهَا ، ورَهْنُ الْوَلَدِ دُونَ أُمِّـهِ عَلَى الْمَشْهُورِ ، وتَكُونُ مَـعَهُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ ....

تصوره ظاهر .

وقوله : (**عَلَى الْمَشْهُورِ**) ظاهره عوده على المسألتين ؛ أي : رهنها دون ولدها والعكس ، وظاهره أيضا أن مقابل المشهور المنع ، وعلى هذا مشاه ابن عبد السلام ، ووجه المشهور : بأنه لا مانع له .

ووجه الشاذ : بأن ذلك يؤدي إلى التفرقة عند الحاجة إلى بيع الرهن .

وفيه نظر ؛ لأنا نحكم ببيع المرهون منهما مع الآخر ويكون المرتهن أحق بالرهن فقط ، ويحتمل أن يعود على الثانية وهو رهن الولد ؛ لأنه في « الجواهر »[1] إنما حكى الخلاف فيها، ولأني لم أقف في الأولى على القول بالمنع ، وإنما حكى ابن رشد فيها الجواز والكراهة.

وفي « الموَّازيَّة » : ويجوز رهن الأم دون ولدها ، وقد ذكر بعض أصحابنا أن المذهب في هذا على قولين تعلقاً بما في « المستخرجة » ، فقال : اتفق على منع التفرقة بالبيع ، واختلف في ذلك في الرهن ، ففي « المستخرجة » عن مالك كراهة ذلك .

يحيى بن عمر : فسألت ابن وهب عن ذلك ، فقال : لا بأس به .

وعندي أن هذا الخلاف إن ثبت فإنما يحسن إذا لم تفرق بين الولد وبين أمه تفرقة يلحقه الضرر الشديد منها ، ويلحقها من تعلق نفسها به إذا حيل بينها وبينه ، انتهى .

والظاهر من جهة المعنى : أنه لا فرق بين رهن الولد دون أمه وبين العكس ، وكلام المصنف مقيد بقيدين :

---

(١) « الجواهر » (٥٧٨/٢) .

أولهـما : أن يكونا في ملك واحد ، فإن كانا في ملكين ؛ فلا شك في جواز رهن كل منهما دون الآخر .

ثانيهما : ألا يبلغ الولد حد التفرقة .

وفي « البـيان »(١) : رهن العبد الصغير دون أمه على ثلاثة أوجه : إن رهنه بشرط أن يحوزه دون أمه ؛ فهو رهن فاسد لا يجوز ويفسخ .

وإن رهنه على أنه يحوزه مع أمـه فهو رهن ، واختلف هل يكره ذلك ابـتداءً وهو قول مالك ، أو لا يكره وهو قول ابن وهب .

وهو الأظهر ؛ لأنـه لم يفرق بينهـما في ملك ولا في حـوز ، وكرهه مالك لـوجهين ضعيفين :

أحدهما : أنه رأى المرتهن كأنه ملكه لما كان أحق به .

والثاني : لما كان لا يباع مفرداً صار في معنى جمع الرجلين سلعتيهما في البيع .

والوجـه الـثـالث : إن رهنه دون شرط فيـجبر على أن يحوز أمه مـعه ، وهو قول ابن القاسم في سمـاع أبي زيد ، ويتخرج على معنى ما في « المدونة » من كتـاب التجارة إلى أرض الحرب إذا أبى الراهن أن يحوز الأم ، وأبى المرتهن إلا أن يحوز رهنه أن يباعا جميعا من رجل واحد ، فيكون للمرتهن ما ناب الرهن من الثـمن رهناً ، وهذا كله إذا كان معها في البلد ، وأما إن رهن الصـبي ببلد وأراد أن يخرج بأمه إلى بلد آخر ، فـقال مالك: لا خير فيه ؛ إذ لا كلام في أنه لا يجوز أن يفـرق بين الوالدة وولدها في الحوز وإن جمعهما الملك .

وَمَا لا يُعْرَفُ بعَـيْنِه إِنْ لَمْ يُطْبَعْ عَلَيْهِ أَوْ يَكُنْ عِنْدَ أَمِينٍ امْتَنَعَ مُطْلَقـاً ، وقَالَ أَشْهَبُ : إِنْ كَانَ نَقْداً ؛ لِقُوَّةِ التُّهْمَةِ ....

يعني : أن الرهن إن كان مما يعرف بعينه كالحيوان والثياب والكتب ، قال في « المدونة»: والحلي جاز أن يوضع تحت يد المرتهن وغيره ، وإن كان مما لا يعـرف بعينه ؛ فالمشهور أنه ممتنع إلا أن يطبع عليه أو يوضع تحت يد أمين .

المـازري : وإنما امتنع إذا لم يطبع عليه ، أو لم يوضع تحت يد أمـين حماية للذريعة أن

(١) « البيان والتحصيل » (١١/ ٢١) .

يكون الراهن والمرتهن قصدا إلى أن يقبض على جهة السلف ، وسميا ذلك القبض رهناً ، واشتراط السلف في المداينة والمبايعة ممنوع ، والتطوع به كهبة المديان .

وقوله : (**مُطْلَقاً**) أي : كان نقداً أو طعاماً مكيلاً أو موزوناً ، وقال أشهب : إنما يمنع في النقد ، وهكذا نقل المازري ، ولفظه بعـد أن ذكر أنه يمتنع رهن الدنانير والدراهم : إلا أن يطبع عليهـا ، وإن كان مما لا يعـرف بعينه ليس من الأثمان التي هـي الدنانير والدراهم والفلوس ؛ كالمكيل والموزون ، فإن فـي ذلك قولين ، المشهور منهمـا إلحاق ذلك بالدنانير والدراهم .

وأجاز أشهب ذلك ؛ لأن الصرف في الدنانير والدراهم ممن وضع يده عليها مستخف ، ويبعد استخفاف ذلك في المـكيل والموزون بغير إذن مالكها ، وظاهره وظاهر كلام المصنف أن أشهب يوافق على المنع في الدراهم والدنانير .

والذي نقل عنه الباجي[1] وابن يونس وابن شاس[2] -واللفظ لهم جميعاً- أنه قال : لا أحب ارتهان الدنانيـر والدراهم والفلوس إلا مطبوعاً عليهـا ؛ للتهمة في سلفـها ، فإن لم يطبع عليها لم يفسد الرهن ولا البيع ، ويستقبل طبعها إن عثر على ذلك .

وظاهر هذا أن الطبع عنده في النقد مستحب ، وقول ابن عبد السلام : أن نقل المصنف قول أشـهب قريب من نقل لفظ البـاجي عنه بعيد من كـلام ابن يونس ليس بظاهر ؛ لأن لفظهما سواء .

وَيَجُوزُ رَهْنُ الْمُدَبَّرِ ، ويُسْتَوْفَى مِنْ خَرَاجِهِ أَو مِنْ ثَمَنِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ مُفْلِساً

المدبر لا يباع ، فلـذلك لا يستوفى من خـدمته ، فـإذا مات سيـده مفلسـاً بيع وقضى المرتهن من ثمنه .

فالضمير في : (**خَرَاجِهِ**) و (**ثَمَنِهِ**) عائد على (**الْمُدَبَّرِ**) ، والضمير في : (**مَوْتِهِ**) عائد على السيد .

وقـوله : (**مُفْلِساً**) حال من المضاف إليه ؛ لأن المـضاف وهو (الموت) مصدر ، وهو مسألة اختلاف في العربية .

---

(١) « المنتقى » (٧/ ٢٦٥) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٥٧٩) .

اللخمي : ورهن منافع المدبر ورقبته مفترق ؛ فإن رهن خدمته مدة معلومة يجوز بيعها ليؤاجر المرتهن تلك المدة ؛ جاز في عقد البيع وبعده ، وإن رهن جميع خدمته جاز بعد العقد ، ويختلف إذا كان في العقد ، وإن رهن رقبته على أنه إن مات الراهن ولا مال له بيع المدبر وكان في أصل العقد ؛ جرى على الخلاف في رهن الغرر ؛ لأنه لا يباع له الآن، ولا يدري متى يموت السيد ، انتهى .

وهذه الصورة الثالثة هي التي ذكرها المصنف .

اللخمي والمازري : وأما إن رهن رقبته ليباع له الآن فلا يجوز .

واختلف هل يعود الرهن في الخدمة وتباع له وقتاً بعد وقت حسبما يجوز من بيعها ؛ كمن ارتهن داراً فثبت أنها محبسة على من رهنها ، فقيل : لا يعود حقه إلى المنفعة ، لأنه إنما رهنه الرقبة .

وقيل : الرهن يتعلق بمنفعتها وكرائها ، لأن المنفعة كجزء منها يجوز بيعه ورهنه ، فلا يبطل هذا الجزء ببطلان ما أخذ منه .

وَيَجُوزُ رَهْنُ الْمُكَاتَبِ ، وَيُسْتَوفَى مِنْ كِتَابَتِهِ أَو مِنْ ثَمَنِهِ إِنْ عَجَزَ

يعني : ويجوز رهن المكاتب ويستوفي المرتهن من كتابته ، فإن عجز استوفى من ثمنه ، وانظر هل يجري على رهن الغرر بهذا المعنى أم لا ؛ لأن بيع الكتابة جائز مع أن هذا الغرر حاصل في البيع ، وكل ما جاز في البيع جاز في الرهن من غير عكس ، وهذا هو الظاهر، قال أبو عمران الشَّوْشَاوِي : الرُّهُنُ كلها على خمسة أقسام :

- ما يجوز ملكه وبيعه في الحال والمآل ؛ فلا إشكال في جواز رهنه .

- وما لا يجوز ملكه وبيعه ؛ فلا إشكال في منع رهنه كالخمر والمسمومات .

- وما يجوز ملكه ولا يجوز بيعه كأم الولد ؛ لا ترهن قولاً واحداً ؛ إذ فائدة الرهن بيعه عند العجز عن الوفاء .

- وما يجوز ملكه ولا يجوز بيعه في الحال ويجوز في ثاني حال ؛ كالمكاتب يجري على الخلاف في رهن الغرر ، وهي على وجهين : إما مشترط في أصل العقد أو بعده ، فإن كان بعد العقد جاز ؛ لأن العقد صحيح .

وأما إن كان في أصل العقد ؛ إما من بيع ، أو من قرض ، فمن قرض لا يجوز ؛ لأن المعروف يقبل الغـرر ، ومن بيع يختلف ؛ لأنه قال في الثمـار والزرع قبل بدو الصلاح : يجوز ، وقال في الجنين : لا يجوز .

- **الخامس** : ما يجوز ملكه واختلف في بيعه ؛ كجلود الميتة بعد الدباغ ، وجلود السباع قبل الدباغ ، وكلاب الماشية والزرع والصيد هل يجوز رهنها أم لا ؟ انتهى ، والله أعلم .

وَيَجُوزُ رَهْنُ الْمُسْتَعَارِ لِلرَّاهِنِ ، وَيَرْجِعُ صَاحِبُهُ بِقِيمَتِهِ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : بِمَا أَدَّى مِنْ ثَمَنِهِ وَيَأْخُذُ الْفَضْلَ ....

يعـني : ليس من شـرط الرهن أن يكون مملوكـاً للراهن ، بل يجوز له أن يرهن مـا استعار، فإن أدى الراهن ما عليه من الدين رجع المستعار إلى معيره ، وإن فلس الراهن بيع الرهن وقبض المرتهن ثمنه .

واختلف بماذا يرجع المعير على المستعيـر ، فاختصر أبو محمد « المدونة » على أنه يرجع بقيمته ، وكذلك روى «المدونة» يحيى بن عـمر وغيره ، واختصرها البراذعي[1] علـى أن المعيـر يرجع على المستعير بما أدى من ثـمنها عنه ، وكذا وقع في بعـض روايات يحيى ، وهذه أصوب من الأولى ، وقـاله أشهب ؛ أي : لأنه بإعارته كـمسلف ثمنه ؛ لأنه لذلك أعاره كمـا قالوا في الضامن يتوجـه عليه غرم سلعتـه بسبب ضمانه : إنه يرجع بـثمنها لا بقيمتها ؛ لأن كفالته بهـذه السلعة تستلزم تسلف الثمن إن احتيج إليه ، ولسحنون ثالث ؛ لأنه قال : إن شاء ضمنه بقيمته يوم رهنه ؛ ففهم منه التخيير .

وقـول المصنف : (**وَيَأْخُـذُ الْفَـضْلَ**) هو من تتمة قـول أشهب ، وذلك أنا إذا قلنا : يرجع عليه بقيمة السلعة ويقدر أن المعير أسلف السلعة للمستعير ؛ فالسلعة مبيعة على ملك المستعير ، فإن بيعت بزيادة على الدين لا يختص بها المعير .

وعلى قول أشهب يختص المعير بالزيادة ؛ لأنه عده مسلفاً لمقدار دينه من ثمن السلعة ، والزيادة على ذلك لم يلتزم فـيها سلفاً فتـبقى على ملك المعير ، ولهـذا قال أشهب : ولو فضلت بعـد الدين فضلة بعد قضـاء السلطان بالبيع والوفاء فـوقفها فضـاعت ؛ فذلك من ربها، وليس على المسـتعير إلا ما قـضى عنه ، وكان ينبغي على قاعـدة أشهب أن يضمن

(١) « تهذيب المدونة » (٤/ ٧١) .

قيمته ؛ إذ الضمان عنده ضمان أصالة ، فقد تعلقت القيمة بذمة المستعير يوم قبض العارية بخلاف ما قاله هنا ؛ لأنه يضمن ما أدى من الثمن .

وَإِنْ هَلَكَ اتَّبَعَ الْمُعِيرُ الْمُسْتَعِيرَ ، واتَّبَعَ الْمُسْتَعِيرُ الْمُرْتَهِنَ ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا لا يُغَابُ عَلَيْهِ فَلا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا .

يعني : إذا هلكت السلعة عند المرتهن فإن كانت مما يغاب عليه توجه الغرم على المستعير والمرتهن ، كما كان في كل عارية ورهن ؛ فيتبع المعير المستعير بقيمتها يوم قبض العارية .

ابن عبد السلام : ويتبع المستعير -وهو الراهن- المرتهن بقيمتها يوم القبض ، أو يوم الهلاك ، أو يوم الرهن كما سيأتي .

وفي « البيان » (١) عن أشهب : أن المستعير يغرم للمعير قيمته يوم طلبه بها ، قال : وفيه نظر ، وإذا اتبع المستعير المرتهن فإنه يقاصه ، ومن فضلت له فضلة أخذها ، وإن كانت السلعة مما يغاب عليه ؛ لا ضمان على واحد منهما كما في سائر العواري والرهان .

وَلَو رَهَنَهُ فِي غَيْرِ مَا أَذِنَ ضَمِنَهُ ، وقَالَ أَشْهَبُ : يَكُونُ رَهْناً فِيمَا أَذِنَ فيه

يعني : إذا أذن له أن يرهنه في شيء فرهنه في غيره ، وفرضها في « المدونة » فيمن أَعَرْتَهُ سلعة ليرهنها في دراهم مسماة فرهنها في طعام ، فقال : أراه ضامناً لمخالفته ، وذلك تَعدٍّ ، ونقلها أبو محمد : ومن أعرته عبداً ليرهنه في دراهم فرهنه في طعام فهو ضامن ؛ لتعديه ، قال : وقال أشهب : لا ضمان عليه في العبد ، ويكون رهناً في عدد الدراهم التي رضي بها السيد .

وجعل المصنف قول أشهب مخالفاً تبعاً لابن أبي زيد وغيره ، وجعل ابن يونس القولين متفقين ، فحمل قول ابن القاسم على ما إذا أقر المستعير للمعير بذلك ، وخالفهم المرتهن ولم يشأ المعير أن يحلف ، فلذلك لم يقبل اتفاق المستعير والمعير على المرتهن حتى يحلف المعير على ما ادعاه .

ابن يونس (٢): وإذا حلف كان رهنه رهناً فيما أقر به في الدراهم ، فإذا لم يحلف كان له تضمين المستعير بالتعدي .

وحمل قول أشهب على ما إذا حلف أو أقر له المرتهن بذلك ، قال : فيتفق القولان .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١١/ ٦٤) .

(٢) الجامع لابن يونس (٨/ ٣٦١) .

والْغَلَّةُ لِلرَّاهِنِ

أي : أن غلة الرهن للراهن ؛ لأنــه على ملكه ، ويسلم للراهن الغلة عــلى المشهــور ، وفي « المبسوط » لمالك : من استـرهن داراً أو عبداً قبضه أو لم يقبضــه ؛ فإن إجارة العبد والدار تجمع لا تصــل إلى الراهن ولا إلى المرتهن حتى يفـتك الرهن فيكون تبـعاً للرهن ، فإن كان في الدار كفاف الحق ؛ كانت الإجارة للراهن .

قال في « البيان »[1] : وهذه الرواية شاذة ولا تعرف في المذهب .

ودليل الأول : ما رواه مــالك مرسلاً وغيره مــسنداً أنه ﷺ قال : « **لا يغـلق الـرهن ، الرهن لمن رهنه ، له غنمه وعليه غرمه** » .

وَإِذَا اشْتَرَطَ الْمُرْتَهِنُ مَنْفَعَةَ الرَّهْنِ مُدَّةً مُعَيَّنَةً جَازَ فِي الْبَيْعِ دُونَ الْقَرْضِ لأَنَّهُ إِجَارَةٌ ....

لما ذكر أن الغلة للراهن ذكر أنه يجوز للمرتهن أن يشترط منفعة المرهون مدة معينة بشرط أن يكون ذلك في بيع ، فلو كان في قرض لم يجز .

واحترز بـ (**الْمُدَّةِ الْمُعَيَّنَةِ**) من غيرها ، فيمتنع للجهالة .

وقوله : (**لأَنَّهُ إِجَارَةٌ**) يحتمل أن يكون تعليلاً لجواز الاشتراط في البيع ، أو لمنفعة في القرض .

أما بيان الأول ؛ فـلأن استثناء المنفعة مدة مـعينة يرجع إلى الإجارة فصار بائعــاً لسلعته بثمن سماه ، وبعمل الدابة مثلاً فلذلك جاز ، لأن المشهور جواز اجتماع البيع والإجارة .

وأما بيان الثاني ؛ فلأنه إذا كان إجارة يلزم السلف بزيادة الإجارة .

والأقرب إلى لفظه الأول ، ولأنه كذلك في « الجواهر »[2] وغيرها .

وظاهر كلام المصنف : أنه لا فرق بين الحيوان وغيره ، وهو اختيار ابن القاسم .

وفي « المدونة »[3] قال مالك -رحمه الله- : وإذا اشترط المرتهن منفعة الرهن ؛ فإن كان الدين من قرض لم يجز ، لأنه ســلف جر منفعة ، وإن كان من بيع وشـــرط منفعة الرهن زماناً مســمى فلا بأس به في الدور والأرضين ، وكرهه مالك في الثيــاب والحيوان ؛ إذ لا يدري كيف ترجع إليه .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١١/ ٦٤) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٥٨١) .

(٣) « المدونة » (٤/ ١٤٩) .

وقال ابن القـاسم : لا بأس به في الحيوان والثـياب وغيـرها ؛ لأن ذلك إجارة ، وعن مالك أيضاً كقول ابن القاسم ، وبه قال أشهب وأصبغ .

التـونسي : ويأتي على قول مالك في هذه المسـألة ، أنه لا يجوز رهن الغرر في أصل البيع ، خلاف ظاهر الروايات في « المدونة » وغيرها .

قال في « البيان »[١] : وكره مالك ذلك ولم يقل ما الحكم فيه إذا وقع ، ويتخرج في ذلك أربعة أقوال :

الأول : أنه يفسد البيع والرهن فلا يكون أحق به من الغرماء .

والثاني : فساد البيع وصحة الرهن فيكون رهناً بالأقل من الثمن أو القيمة .

والثالث : أنه لا يفسد البيع ولا يبطل الرهن ، إنما يكره ذلك ابتداءً ، قال : وهو ظاهر « المدونة » .

والرابع : أنه يصح البيع ويبطل الرهن ، فلا يكون أحق به من الغرماء .

القابسي : إنما يكره ذلك في الثياب ؛ لأنها تضمن في الرهن ولا تضمن في الإجارة ، فكره اجتماعهـما للشك في الحكم إذا أتلفها ، قال : وأما الحيوان فـقد اختلف قول مالك في وجوب ضمانه على المرتهن .

وقوله في هذه المسألة يدل على قوله : إن المرتهن ضامن للحيوان .

ورده في « البيان »[٢] بأن هذا لا يصح ؛ لأن مالكاً قد بين أنه إنما يكره ذلك ؛ لأنه لا يدري كيف ترجع إليه الدابة والثوب .

وانظر قوله في « المدونة » : كرهه مالك في الثياب هل أراد التحريم ، أو الكراهة على بابها ؟ والذي نقل اللخمي عنه المنع .

فروع :

الأول : اختلف المتأخرون إذا ضاع الرهن المشترط منفـعته وهو مما يغاب عليه ؛ فقيل : يضمنه لأنه رهن ، وقيل : لا يضمنه كسائر المستأجرات .

وقال التـونسي : ينظر إلى القدر الذي يذهب منه في الإجـارة ، فإن كان الثوب مـثلاً

(١) « البيان والتحصيل » (١١/ ١١٢) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/ ١١٣) .

ينقص باستعماله المدة المشترطة الربع ، فيكون ربعه غير مضمون ؛ لأنه مستأجر ، وثلاثة أرباعه مضمون ؛ لأنه مرتهن إن لم تقم بينة .

واعترضه صاحب « البيان »[1] بأنه إنما ارتهن جميعه ، فإما أن يحكم له بحكم الرهن أو الإجارة ، ولم يرهن بعضه ويسقط بعضه حتى يسقط عليهما ، قال : والصواب أنه يغلب عليه حكم الرهن .

الثاني : الكلام المتقدم إنما هو إذا اشترط المنفعة في عقد البيع ، وأما إن أباح له الانتفاع بعد ؛ فلا يجوز في بيع ولا قرض ؛ لأنه إن كان بغير عوض هدية مديان ، كذا نص ابن راشد وغيره على المنع .

وإن كان بعوض جرى على الكلام في مبايعة المديان ، قاله اللخمي .

الثالث : إذا شرط أن يأخذ الغلة من دينه ؛ جاز في القرض ولا يجوز في عقد البيع ، وأما بعد عقد البيع فجائز ؛ إذ لا يدري أي مقدار يكثر ، نص على ذلك في حريم البئر .

الرابع : حيث أجزنا اشتراط المنفعة فإنما نجيزه فيما يصح كراؤه ، فلا يجوز اشتراط منفعة الأشجار ؛ إذ لا يجوز كراؤها لأخذ ثمارها ، إلا أن تكون ثمرتها قد طابت فيجوز اشتراطها في ذلك العام فقط .

الخامس : إذا رهنه وأذن له في الكراء وأن يقبضه من دينه ففرط في كراء ذلك حتى حل أجل الدين ؛ فإن كان رب الرهن حاضراً وقد علم أنه لم يكرها ولم ينكر ؛ فلا شيء على المرتهن ، وإلا ففي تغريمه كراء المثل قولان لابن الماجشون وأصبغ .

فضل : وقول ابن الماجشون بالتغريم هو أصل ابن القاسم ، هكذا حكى ابن راشد .

وقال الباجي : إذا ترك المرتهن كراء الدار حتى حل الأجل ؛ فإن كانت من الدور التي لها قدر كدور مكة ودور مصر ، أو كان العبد نبيلاً ؛ ارتفع ثمنه لخراجه فلم يكره فهو ضامن لأجر مثله ، وإن لم يكن كبير كراء ، ومثله يكرى أو لا يكرى لم يضمن ، قاله ابن حبيب عن ابن الماجشون .

وقال أصبغ : لا يضمن في الوجهين ، وكذلك الوكيل على الأكرياء يترك ذلك فلا يضمن .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١١/ ١١٣) .

وَرَهْنُ فَضْلَةَ الرَّهْنِ بِرِضَا الأَوَّلِ جَائِزٌ ، وحَوْزُهُ حَوْزٌ لَهُ ، وقَالَ أَصْبَغُ : لا يُعْتَبَرُ رِضَاهُ إِذَا عَلِمَ لِيَحْصُلَ الْحَوْزُ ....

يعني : إذا رهنت رهناً في دين وكانت قيمته أكثر من الدين ؛ جاز لك أن ترهن الفضلة، ثم إن رهنتها من المرتهن الأول فلا إشكال ، ولذلك لم يتعرض له المصنف ، وإن كان لغيره فيشترط علم الأول ، وهل يشترط رضاه بذلك؟ اشترطه في « المدونة »[(١)] .

قال في « البيان »[(٢)] : وهو المشهور ، ولم يشترطه أصبغ ، قال : إذ لا مضرة على الأول؛ لأنه مبدى قبل غيره .

واختار ابن حبيب الأول ؛ لأنه إنما اشترط علمه ليكون حائزاً للثاني ، وكيف يكون حائزاً للثاني وهو لم يرض بذلك .

ولمالك في « الموَّازيَّة » قول ثالث : أنه لا يجوز رهن فضلة الرهن لثانٍ إذا كان الرهن بيد المرتهن الأول ، إلا أن يخرج الرهن من يد الأول ؛ لأنه إنما يقبضها لنفسه .

وحكى في « البيان »[(٣)] رابعاً : وهو أن الفضلة تكون رهناً ولو لم يعلم الأول ، وهو قول ابن القاسم في « المبسوط » ، وقول أشهب في « الواضحة » .

ونقل المصنف قول أصبغ فيما إذا كان الرهن بيد المرتهن الأول ، وكذا نقله صاحب «البيان»[(٤)] ، ولم ينقله اللخمي وابن يونس إلا فيما إذا كان الرهن بيد عدل ، ولذلك احتاج اللخمي أن يُخَرِّجَ قولاً بعدم اشتراط رضا المرتهن الأول إذا علم وكان الرهن تحت يده ؛ مما قال مالك في المخْدِمِ يهب صاحبه رقبته لغير المخْدَم : إنه يجوز وإن لم يرض المخْدَم ولم يعلم .

تنبيه :

إنما يشترط رضا الأول إذا كان الرهن على يده .

قال في « البيان » [(٥)] : وأما إن كان الرهن موضوعاً على يد عدل ؛ فالاعتبار في ذلك إنما هو بعلمه دون علم المرتهن .

---

(١) « المدونة » (٤/١٤٦) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/٤٦) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١١/٤٦) .

(٤) « البيان والتحصيل » (١١/٤٦) .

(٥) « البيان والتحصيل » (١١/٤٦) .

فرع :

إذا كان الرهن بيد المرتهن وهو مما يغاب عليـه ورهن فضلته من غيره ثم هلك الرهن ؛ ففي « المدونة » يضمن المرتهن مبـلغ دينه وهو في الباقي أمين ، ويرجع المرتهن الثاني بدينه -لأنه فضلة الرهن- على يد عدل .

وقال أشـهب في « الموَّازيَّة » : ضمانه كلـه من الأول ، قال : ولو كان بيـد الثاني لم يكن عليه ضمان ؛ لأنه رهن للأول ، وإنما لهذا الفضلة لو كانت .

اللخمي : وعلى أصل ابن القاسم يضمن الثاني الفضل .

ابن يـونس [(١)]: وإنما يصح ألا يضمن الأول إلا مـبلغ دينه على قوله في « المدونة » : إذا كان أحضـر الثوب وقت ارتهان الثـاني فضلته أو علم بالبينة أنه قـائم عنده ، وإلا كان ضمـان الجميع منه ؛ إذ قـد يكون تلف الثوب قبـل ذلك ، ووجب عليه ضمـانه ، وقاله بعض أصحابنا .

فَإِنْ كَانَ بِرِضَاهُ وَسَبَقَ أَجَلُ الثَّانِي قُسِمَ إِنْ أَمْكَنَ ، وإِلاَّ بِيعَ وَقُضِيَا

فَرَّعَ على القول باشتراط الرضا لأنه المشـهور ؛ أي : فإن كان ارتهان الثاني برضا الأول وسبق أجل دين الثاني (قُـسِمَ) أي : الرهن إن أمكن ، وإن لم يمكن قسمه (بِيـعَ) أي : الرهن (وَقُضِـيَا) أي : المرتهن الأول والثاني ؛ لأن الثاني إنما له الفضلة عن دين الأول ، ولا إشكال إذا كان أجل الثاني مساوياً أو أبعد ، ولذلك لم يتعرض المصنف له .

وقوله : (بِيعَ) أي : إذا كان فيه فضل .

ابن القاسم في « العتبية »[(٢)] : وإن لم تكن فيه فضلة لم تبع حتى يحل الأول .

ولمالك من رواية أشهب في « العـتبية » و « الموَّازيَّة » فيمـن رهن هناً في دين إلى ستة أشهر ثم ابتـاع سلعة من رجل آخر بثمن إلى ستة أشـهر ورهنه فضلة الأول على أن الأول مبدى عليه فـحل أجل الآخر ، فقال مالك : أَعَلِمَ الآخرُ أن دين الأول إلى سـتة أشهر ؟ قيل : لا ، قال : أرى أن يباع الرهن فيجـعل للأول حقه كله قبل محله ويعطى الثاني من دينه ما فضل .

ابن المواز : وقاله أشهب ، وقال : هذا إذا بيع بعين أو بما يقضى بمثله وحق الأول مثله،

(١) الجامع لابن يونس (٨/ ٣٣٤) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/ ٤٧) .

وأما إن بيع بعـرض ؛ فإن كان مـثل الذي عليه ، أو بيع بدنانيـر وله عليه دراهم ، أو بيع بطعـام مـخـالف لما عليـه ؛ فـإنه يوضع له رهن إلى حلول حـقـه ، وقـال سـحنون في «المجموعة» : سواء علم الأول أن حق الثـاني يحل قبله أو لم يعلم ، فإنه إن بيع بمثل دينه فليعجل له .

وقال في موضع آخر : إلا أن يكون حقه من طعام فيأبى أن يعجله فذلك له .

التـونسي : وقول مالك : «أعـلِمَ» يحتمل لو علم لم يجز البـيع ؛ لأنه باع من الثاني على أن يعجل للأول حقه فـيصير بيعاً وسلفاً ؛ لأنه لما رهـنه فضلة الرهن والأول إلى ستة أشهر ، لم يقدر على بيع الرهن إلا أن يتعجل دين الأول .

واستشكل قول أشـهب هذا إذا بيع بعين أو بما يقضى بمثله ، فإن ظاهره أن الدين الأول كان من بيع ولم يكن من قـرض ، ألا ترى إلى قوله بعد هذا : (**فَإِنْ بِيـعَ بِعَرْضٍ**) فهـذا دليل على أن ذلك الدين مما يقضى بمثله وكان دينه من بيـع ، وأنه جعل له تعجيله ، وهذا قول غير معروف .

ثم قال : وفي بيع الرهن بالطعام والعروض اعتراض ، وكيف يصح أن يباع بعروض أو طعام ، ويجب أن ينقض إذا بيع بخلاف العين .

فقال : فهذه مسألة جرت كلها على أمر مشكل .

وَلَوْ رَهَنَهُ رَهْناً فِي قَرْضٍ جَدِيدٍ مَعَ الْقَدِيمِ فَسَدَ وَلَمْ يَكُنْ رَهْناً إِلا فِي الْجَدِيدِ

مثاله : لو أسلف أولاً مائة بلا رهن ثم أسلف مائة أخرى وأعطاه بها وبالأخرى رهناً ، وفي معناه أن تكون المائة الأولى من بيع .

وقـوله : (**الْقَـدِيمِ**) ظاهره القرض القديم ؛ فـلا يصدق إلا على الصورة الأولى ، ويحتمل الدين القديم فيعم .

قـوله : (**فَـسَـدَ**) أي : الرهن في الدين القديم ، هذا ظاهر لفظه ، ويحـتمل فساد القرض وهو الذي يؤخذ من « الجواهر » .

ومقـتضى كـلامه في « الجواهر » : أنـه لو اطلعنا على ذلك قبل قـيام الغـرماء لرددنا الرهن.

ولا يؤخذ ذلك من كلام المصنف .

وقـوله : (**وَلَمْ يَكُنْ رَهْناً إِلا فِي الْجَـدِيدِ**) هو مـذهب « المدونة » ، وحكى ابن المواز قولاً آخر : أنه يبطل نصف الرهن ويبقى نصفه رهناً بالمائة الأخرى .

ووجه ابن المواز الأول : بأنه بمنزلة رهن سلعتين فاستحـقت إحداهما ، فإن الثانية رهن بالجميع ، وكالمرأة تأخذ رهناً بالصداق ثم تطلق قبل البناء ؛ فجميعه رهن بنصفه .

وظاهر كـلامـه : أنه لا فـرق في ذلك بين أن يكون الأول رهناً أو لا ، وهو مـذهب «المدونة » .

ونقل اللخمي عن مالك أنه قال : لا خير فيه .

وقيـد محمد مـا أجازه مالك بما إذا كـان فيه وفاء ، وأمـا إذا لم يكن فيه وفـاء ؛ فلا يجوز ، وألحق بعضهم بذلك إذا كان الأول يفسد بيعه ، أو لم يكن مأموناً في عدم الجواز.

اللخمي : والأول أحسن ؛ لأن الطالب لا يزيد قرضاً ليزيده رهناً إلا لأمر يتخوفه .

وقيد ابن المواز « المدونة » : بأن يكون الأول مؤجلاً ، قال : وأما إن كان الأول حالاً ؛ فذلك جائز ، إلا أن يكون الأول عديماً .

ابن المـواز : ويجوز عندي وإن كان عديماً إذا كـان الرهن له ما لم يكن عليه دين أحاط به؛ لأنه إذا كان الأول حالاً فـالتأخير به كسلف ثانٍ ، فـيصير تأخيـره الأول وإنشاء الثاني كسلف واحـد نشأ الآن ، إلا أن يكون عديماً ؛ أي : لأنه حينئـذ لا يتمكن رب الدين من قبض فلا يكون تأخيره حينئذٍ كـابتداء سلف ؛ لأن الحكم يوجب تأخيره ، فإن كان الرهن له فهـو كالملي ، وإن كـان عليه دين أحـاط به ؛ فإنه حـينئذٍ يخـشى قيـام الغرماء عـليه فيحاصونه ، فإذا رهنه ذلك اختص هو بدينه فجعلت له المنفعة بسبب السلف .

وَلا تَنْدَرِجُ الثِّمَارُ مَوْجُودَةً أَوْ مَعْدُومَةً إِلا بِالشَّرْطِ

يعني : إذا رهنه الراهن وأطلق ؛ فإن ثمرته لا تدخل في الرهن ، سواء كانت موجودة حين الرهن أم لا ، وهذا هو المشهور ، وعن مالك أنهـا لم تدخل ، فإن اشترطت دخلت اتفاقاً إذا كان الدين من بيع ، وكذلك القرض على المشهور .

وروى ابن نافع : أنه لا يجوز اشتراط اندراجها فيه .

واختلف المتأخرون هل تـدخل الثمرة إذا تناهت ويبست قياساً علـى ما قاله ابن القاسم في الصوف المستجز وإليه ذهب بعض القرويين ، أو لا تدخل ؟ والفرق بينهما : أن الثمرة تترك لتزداد طيـباً فهي غلة لم يرهنها ، والصوف لا فائدة فـي بقائه فكان سكوته عنه دليلاً على إدخاله في الرهن .

ونص ابن القـاسم على أن الثـمرة لا تـدخل وإن أزهت ، وإن ارتهن نحـلاً فالعـسل للراهن مثل الثمرة .

أبو محمد[١] : يريد ولا يكون رهناً .

وَكَذَلِكَ مَالُ الْعَبْدِ وَخَرَاجُهُ

أي : فلا يدخل ماله إلا بشـرط ، وحكي في « الاستذكار »[٢] أن ذلك لا يدخـل في الرهن عند الجميع .

وقال في « المقـدمات »[٣] : وروي عن مالك أن الغلة سواء كانت مـتولدة عنه كثمرة النخلة ولبن الغنم وصوفـها ، أو غير مـتولدة عنه ككراء الدور وخراج العـبد ؛ داخلة في الرهن .

قال مالك في « العتبية »[٤] و« المجموعة » : ويجوز رهن ماله مفرداً ، معلوماً كان أو مجهولاً ؛ أي : لأن رهن الغرر جائز .

قال في « المدونة »[٥] : ولا يكون ما وهب للعبد رهناً .

أشهب في «المجموعة» : ولو كان ماله مشترطاً ، بخلاف ما ربح في ماله المشترط ؛ فإنه رهن كالأصل ، كما أن من أوصى بوصايا فلا تدخل فيما لم يعلم من ماله ، وتدخل فيما علم به ، وفي أرباح ما علم .

ابن يونس[٦] : يريد ربح فيه قبل موته أو بعده .

---

(١) « النوادر والزيادات » (١٠/ ١٨٢) .

(٢) « الاستذكار » (٧/ ١٤٠) .

(٣) « المقدمات » (٢/ ٣٧١) .

(٤) « البيان والتحصيل » (١١/ ٤٨) .

(٥) « المدونة » (٤/ ١٦٢) .

(٦) الجامع لابن يونس (٨/ ٣١٤) .

وقال بعضهم : الأشـبه في المستثني ماله أن يكون مـا وهب له يدخل في الرهن كالمبيع بخيار يشترط المشتري ماله .

مالك : وأرش جراح العبد للمرتهن .

وَتَنْدَرِجُ الأَجِنَّةُ

قال في « الجلاب »[1] : وكذلك فراخ النخل والشجر .

مالك في « الموَّازيَّة » : ولو اشترط أن الأمة رهن دون ما تلده لم يجز .

ابن شـعـبـان : ومن ارتهن عبداً فـولد العبد من أمته رُهِنَ مع أبيـه دون أمه ، وكذلك تندرج الزيادة غير المتميـزة ؛ كسمن الدابة والجارية ، وكبر الصغـير بالإجماع ، وعلى هذا فتندرج الزيادة إن لم تتميز وأشبهت الأصل كالولد ، ولا تندرج إن لم تكن كذلك .

وَفِي الصُّوفِ الْمُسْتَجَزِّ قَوْلانِ.

يعـني : أن الصوف إن لم يتم يوم عقد الرهن فهـو للراهن كاللبن وغيره من الغلات ، وإن كان تامـاً ، وهو مراده بـ (**الْمُسْتَجَزِّ**) فقـال ابن القاسم في « المدونة »[2] : تدخـل كالبيع .

وقال أشهب : لا تدخل ؛ لأن الصوف التام غلة لا يرده المشتري في الرد بالعيب .

وَشَـرْطُ الْمَـرْهُونِ بِهِ : أَنْ يَكُونَ دَيْناً فِي الـذِّمَّـةِ لازِمـاً أَوْ صَـائِراً إِلَى الـلُّزُومِ ويُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الرَّهْنِ ....

يعني : شرط المرهون به أن يكون مركباً من أربعة أجزاء :

أولها : أن يكون دينا، احترز به من الأمانة ، فلا يجوز أن يدفع قراضاً ويأخذ به رهناً.

ثانيها : أن يكون في الذمة .

احترز بـه من المعينات أو منفعتـها فإنها ليـست في الذمة ؛ لأن الذمة لا تقبـل الأشياء المعينة.

---

(١) « التفريع » (٨/ ٢٦٠) .

(٢) « المدونة » (٤/ ١٣٨) .

ثالثـهـا : أن يكون لازماً أو صائراً إلى اللزوم ، واحتـرز باللزوم من دين الكتابة ، فإنه غير لازم ؛ لأنه إذا عجز المكاتب يرجع رقيقاً ، وقال : (**أَوْ صَـائِراً إِلَى اللُّزُومِ**) ليدخل الجعل ؛ فإنه عقد غير لازم ، ولكنه يلزم بالشروع في العمل .

رابعها : أن يمكن استيفاؤها من الرهن ، احترز به مما يتعذر استيفاؤه من الرهن ؛ لكونه لا يحل بيعه كمنافع المعينات .

ابن راشد وابن عـبد السلام : الظاهر أن هذا لا يحتاج إليـه ؛ لأنه قدم ما يغني عنه في شرط الرهن .

فَلا رَهْنَ فِي نُجُومِ الْكِتَابَةِ.

أدخل الفاء لكونـها كالنتـيجة عـما قبله ، ومـا ذكره المصنف من عـدم الرهن في نجوم الكتابة نحوه في ابن شاس(١) ، وهو محمول على ما إذا أعطى أجنبي رهناً بكتابة مكاتب فإن ذلك لا يجـوز ، قاله في « المدونة » وغيرها ؛ لأن دفع الأجنبي الرهن إنمـا يتصور إذا تحمل الأجنبي الكتابة ، والحمالة بها لا تصح كما سيتبين لك إن شاء الله في محله .

وإن كان المكاتب رهن رهناً في كتابته فإن ذلك جائز ، نص عليه في «المدونة» .

وَلا فِي عَيْنٍ وَلا فِي مَنَافِعِ عَيْنٍ.

يـعـني : ولا رهن في عين ، وهو ظاهر في ذلـك ؛ لأن المقصـود من الرهن التـوثق ليستوفي منه ما يطلب به ، ولا يمكن أن يستوفى المعين أو منفعته من الرهن أو ثمنه .

وَالرَّهْنُ فِي الْعَارِيَةِ لِضَمَانِ الْقِيمَةِ لا لِلْعَيْنِ ، ولِذَلِكَ فُصِلَ بَيْنَ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ وغَيْرِه ..

هذا جواب عن سؤال مقدر ، لأنه لما قـال : لا يصح في معين ؛ كأن قائلاً قال : هذا لا يصح ؛ لأنه يجوز لمن أعـار معيناً أن يأخـذ عنه رهناً ، فأجـاب بأن الرهن المأخوذ في العارية إنما هو لقـيمته على تقـدير هلاكه ، ولأجل أن الرهن إنما هو للقيـمة لم يصح دفع الرهن إلا فيما يغاب عليه ؛ لأنه هو الذي يضـمن في العواري ، لا فيما لا يغاب عليه ؛ لأنه لا تلزمه قيمته إذا تلف .

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٥٨٢) .

وَيَجُوزُ عَلَى أَنْ يُقْرِضَهُ أَو يَبِيعَهُ أَوْ يَعْمَلَ لَهُ ، وَيَكُونُ بِقَبْضِهِ الأَوَّلِ رَهْناً

يعني : ليس من شرط الرهن أن يصادف ديناً سابقاً ، بل يصح قبضه مع الدين وقبله ، ففى « المدونة »[(١)] : وإذا دفعت إلى رجل رهناً بكل ما اقترض فلان جاز ذلك .

قال في « النكت »[(٢)] : ويكون رهناً بما داينه من قليل وكثير ما لم يجاوز قيمة الرهن ، ولا يراعي ما يشبه ، بخلاف مسألة كتاب الحمالة إذا قال : دَايِنْهُ وَأَنَا ضَامِنٌ ؛ لأن الأول قد يبين بالرهن ما يقرضه .

ابن عبد السلام : فأشار إلى أن الحميل في الحمالة يلزمه كل ما وقعت به المداينة ، سواء كانت تشبه أو لا .

وقال غيره : إن قول غير ابن القاسم فيها مُقَيِّدٌ لقول مالك ، وأنها كمسألة الرهن لا يلزم الحميل إلا ما يشبه من المداينة .

وقوله : **(أَوْ يَعْمَلَ لَهُ)** يعني : هو أو من يكريه ليكون المال متعلقاً بالذمة ، لا هو بخصوصيته ؛ لِمَا تقدم أنه لا يصح الرهن في منافع معين ، ويصح حمل كلامه على المعنى أيضاً ، بمعنى أن المكري يأخذ الرهن بالأجرة التي دفع إلى المعير على تقدير موت الأجير ومرضه .

قوله : **(وَيَكُونُ بِقَبْضِهِ الأَوَّلِ رَهْناً)** يعني : إذا دفع الرهن قبل الدين كان الرهن بقبضه الأول رهناً ، ولا يحتاج إلى تجديد قبض بعد أخذ الدين .

فرع :

قال في « الجواهر » [(٣)]: ولو شرط رهناً في بيع فاسد فظن لزوم القضاء به ورهن فله الرجوع فيه ، وكما لو ظن أن عليه ديناً فأداه ثم تبين أنه لا دين عليه فإنه يسترده .

فَإِنْ شَرَطَ رَهْنَ السِّلْعَةِ فِي ثَمَنِهَا الْمُؤَجَّلِ وَلَيْسَتْ بِحَيَوَانٍ وَشِبْهِهِ جَازَ

المازري : إن اشترط وضع المبيع على يد أجنبي غير البائع ؛ جاز في المشهور عندنا.

وقال ابن المواز : لا يجوز ذلك ، وظاهره الكراهة .

---

(١) « المدونة » (٤/ ٥٣) .

(٢) « النكت والفروق » (٢/ ١٨٨) .

(٣) « الجواهر » (٢/ ٥٨٣) .

ومنعه ابن الجلاب[١] في الحيوان خاصة ولم يقيد اشتراط ذلك بيد البائع أو بيد أمين ، وإن اشترط بقاءه رهناً في يد البائع فثلاثة أقوال : منعه مالك في « الموَّازيَّة » مطلقاً ، وأجازه ابن القصار مطلقاً ، وأجازه أصبغ في العقار وما يؤمن عليه ومنعه في الحيوان .

المازري : وقيد بعض الأشياخ الخلاف بما إذا لم يشترط فيه أجل بعيد ، وأما إذا اشترط فيه أجل بعيد فإنه يمتنع اتفاقاً .

وبعض الأشياخ أطلق الخلاف من غير تعرض لذكر قرب أجل الرهن وبعده ، انتهى .

فقول المصنف : (**ولَيْسَتْ بِحَيَوَانٍ**) يأتي على ما في « الجلاب » .

ولعل المصنف يريد بـ (**شِبْهِهِ**) الطعام ؛ لأنه يسرع إليه التغير ، فانظر هل توجد لفظة (**وشِبْهِهِ**) في الرواية .

ابن عبد السلام : وإذا لم يُمكِّن البائعُ المشتري من قبض السلعة وَحَبَسَها في ثمنها ؛ ففي انتقال ضمانها إلى المشتري ثلاثة أقوال ، والمشهور أنها تضمن ضمان الرهان .

وَيُخَيَّرُ الْبَائِعُ وَشِبْهُهُ فِي الْفَسْخِ فِي غَيْرِ الْمُعَيَّنِ

يعني : من باع سلعة بثمن مؤجل على شرط أن يأخذ رهناً به ، فإن كان الرهن المشترط غير معين وأبى المشتري من دفعه ؛ خُيِّرَ البائع وشبهه من وارث وموهوب له في فسخ البيع وإمضائه بلا رهن ، وهكذا قال ابن الجلاب[٢] مقتصراً عليه .

والذي نقله ابن المواز عن أشهب ونقله اللخمي وابن راشد وغيرهم : أنه يجبر على دفع رهن يكون فيه النقد باعتبار الدين .

ابن عبد السلام : وهو المذهب ، واختلف المتأخرون هل يسجن أم لا ؟ والصواب أنه يسجن .

اللخمي : وعلى المشهور فإنه يعطي الصنف المعتاد ، والعادة في الحواضر أن يرهن ما يغاب عليه من الثياب والحلي وما لا يغاب عليه كالديار وشبهها ، فليس العادة العبيد والدواب ، وليس على المرتهن قبول ذلك وإن كان أخف عليه ؛ لتصديقه في تلفه ؛ لأن في حفظه كلفة ومشقة ، وإن أحب أن يعطي ثياباً وامتنع المرتهن لأنه مما يضمنه ، أو أحب

---

(١) « التفريع » (٢/٢٥٨) .

(٢) « التفريع » (٢/٢٥٨) .

الراهن أن يعطي داراً وامتنع المرتهن وأحب ما ينفصل به ويكون تحت غلقه فالقول قول الراهن ؛ لأن كل ذلك رهن .

ويحمل كلام المصنف على أن المبتاع لم يجد شيئا ، وأما إن وجد فيجبر على ما جرت العادة بدفعه .

وَيَصِحُّ الرَّهْنُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَلَا يَتِمُّ إِلا بِه

يعني : يصح الرهن ويلزم بالقول ، لكن لا يختص المرتهن به على الغرماء إلا بقبضه ، وهذا معنى قوله : (**وَلَا يَتِمُّ إِلا بِه**) .

ونقل المازري عن أبي حنيفة والشافعي : أنه لا يلزم إلا بالقبض ، ودليلنا قوله تعالى : ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ [المائدة: ١]، وقوله ﷺ : « **المسلمون عند شروطهم** »(١).

وتنازع الجميع في فهم قوله تعالى : ﴿ **فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ** ﴾ [البقرة: ٢٨٣] هل المراد المقبوضة بعد عقد الرهن وهو قول مالك ، ويعضده أنه أثبت لها حكم الرهان قبل القبض، أو المراد أن الرهن هو المقبوض وهو قول أبي حنيفة والشافعي ؟

وَيُجْبَرُ الرَّاهِنُ عَلَيْه إِنْ كَانَ مُعَيَّنًا

هذا قسيم قوله : (**وَيُخَيَّرُ الْبَائِعُ وَشِبْهُهُ فِي الْفَسْخِ فِي غَيْرِ الْمُعَيَّنِ**) أي : فإن كان معيناً، كما لو قال : أرهنك هذا الثوب .

والأحسن بطريقة المصنف تقديم هذه المسألة على قوله : (**وَيَصِحُّ الرَّهْنُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَلَا يَتِمُّ إِلا بِه**) .

فَإِنْ تَرَاخَى الْقَبْضُ إِلَى الْفَلَسِ أَوِ الْمَوْتِ بَطَلَ اتِّفَاقاً ، وَلَوْ كَانَ مُجداً عَلَى الأَشْهَرِ

أي : فإن تأخر القبض ، وكذا وقع القبض ملفوظاً به في بعض النسخ .

قوله : (**إِلَى الْفَلَسِ أَوِ الْمَوْتِ**) فإن كان ذلك بتراخ من المرتهن ولو شاء أخذه قبل ذلك؛ بطل الرهن بالاتفاق .

ابن عبد السلام : ولا يبعد أن يكون مجمعاً عليه وإن لم يتراخ ؛ بل كان جاداً في

---

(١) أخرجه الحاكم (٢٣١٠) والدارقطني (٣/ ٢٧) والبيهقي في « الكبرى » (١٤٢١٣) من حديث عائشة - رضي الله عنها - . وصححه الألباني - رحمه الله .

الطلب حتى فلس الراهن أو مات ؛ ففي « الجواهر »[1] : ظاهر الكتاب أنه لا يكون أحق؛ لقوله : إذا لم يقبض المرتهن حتى مات الراهن أو فلس كان أسوة الغرماء ، فأطلق الجواب فيه .

وقال القاضي أبو محمد : حقه ثابت ؛ لأنه لم يفرط .

ابن راشد : وفي كلامه في « الجواهر » نظر ؛ لأنه لم يتعرض لكونه مجدًّا ، ويحتمل أن لو سئل عن ذلك لأجاب بالصحة .

وشهر المصنف البطلان لكونه ظاهر « المدونة » كما قال ابن شاس ، وحكى اللخمي والمازري القولين إذا كان جادًّا ولم يعينا مشهوراً .

فإن قلت : ما الفرق على ما شهره المصنف هنا وبين الهبة إذا مات الواهب والموهوب له جاد في الطلب وفي تزكية الشهود ؛ أن ذلك حوز عند ابن القاسم خلافاً لأشهب ؟

قيل : لأن الرهن لما كان لم يخرج من ملك راهنه لم يكتف بالجد في الطلب ، بخلاف الموهوب فإنه خرج عن ملك راهنه ، والله أعلم .

وَقَبْضُهُ كَقَبْضِ الْمَبِيعِ

لما ذكر أنه لا يتم إلا بالقبض بيّن أن القبض هنا كما قدمه في قبض المبيع ؛ أي : فقبض المكيل بالكيل والموزون بالوزن والمعدود بالعدد ، وفي اعتبار مقدار المناولة قولان ، وفي العقار التخلية وفي غيرهما العرف .

ويحتمل أن يريد بقوله : **(وَقَبْضُهُ كَقَبْضِ الْمَبِيعِ)** خصوصية المكيل والموزون والمعدود .

وعلى كلا الاحتمالين ففي كلامه نظر ؛ أما على الثاني فلأن كلامه حينئذ يكون تعرض لكيفية القبض في العقار والعروض ولا ينبغي إهمال ذلك .

وأما على الأول فإن ظاهر كلامه مساواة القبض فيه للبيع ، والذي يؤخذ من كلامهم أنه لابد هنا من زيادة على قبض المبيع ، فقد قال ابن عبد السلام : إنَّ تخلي الراهن عن العقار لا يكون رهناً كافياً ، بل لابد مع ذلك من شيء آخر وهو غلق المرتهن على ما يكون ذلك فيه .

وقال المازري : إن كان الرهن ما ينتقل كالثوب والعبد فَقَبْضُهُ بنقله من حيازة الراهن

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٥٨٨) .

ومكانه إلى مكان المرتهن ، وهذا لا يشترط في البيع ، ونص اللخمي وغيره على أن قبض الرهن إذا كان عقاراً بالتسليم والإشهاد ، إلا دارَ سكناه فيشترط فيه في الرهن خروجه وإخلاؤه من شواغله ، قال : وإن لم يخله وحال المرتهن بينه وبين التصرف فيه جاز .

وقال المازري : إن كان الرهن مما لا ينتقل كالدار فالقبض فيه رفع يد الراهن وتفريغ ذلك من شواغل الراهن ، وإن كان مغلقاً خالياً كان مفتاح ما يعلق به بيد المرتهن ، وإن كان أرضاً لا تقفل ولا شَاغِلَ فيها للراهن كفى فيها الإشهاد والذب عنها إلى المرتهن .

فإن قلت : كلام المازري يدل على أنه لابد من إزالة الشواغل .

قيل : يحمل كلامه على دار سكناه ليوافق كلام اللخمي ، فإن كان في كراء بغير وجيبة فحوزه أن يجمع بينه وبين المرتهن ويقبض الكراء المرتهن أو من يرضيان به .

واختلف إذا كان الكراء وجيبة ؛ فحوزه أن يجمع بينه به ، وقد قبض كراءه أو لم يقبض ، هل يصح فيه حوز أو لا ، وإن كان فيه طعام مختزن فسلم مفتاحه إليه أو إلى أمين جاز ، انتهى .

وَقَبْضُ الدَّيْنِ بِالإِشْهَادِ وَالْجَمْعِ بَيْنَ الْغَرِيمَيْنِ إِذَا كَانَ عَلَى غَيْرِ الْمُرْتَهِنِ

لما قدم المصنف أنه يصح رهن الدين تكلم هنا على حوزه ولم يتعرض المصنف للوثيقة التي فيها ذكر الحق ، وكأنه إنما تكلم على ما لابد منه ، لأن الوثيقة قد لا تكون ، قال في « الجواهر »(١) : وأما الدين فبتسليم ذكر الحق ، والإشهاد والجمع بين الغريمين إن كان على غير المرتهن ، ويكفي الاقتصار على الجمع بينهما والإشهاد إن لم يكن ذكر حق ، ويتقدم إليه بحضرة البينة ألا يقبضه إياه حتى يصل إلى حقه .

وكذلك قال اللخمي : حيازة الدين أن يأخذ المرتهن ذكر الحق ، أو يجمع بينه وبين الغريم ويتقدم إليه بحضرة البينة ، ألا يقضيه إياه حتى يصل إلى حقه ، فإن فعل ذلك متعدياً أغرم الدين ثانياً ، لأنه أتلفه على المرتهن إلا أن يكون حقه أقل ، فإن كان الغريم غائباً ولا وثيقة فالإشهاد يجزئ وفيه خلاف .

وظاهر كلامهما : أنه لابد من حيازة الدين في هذه الثلاثة ، وقول اللخمي : وإن كان الغريم غائباً ولا وثيقة فالإشهاد يجزئ ، وفيه خلاف ، لعله يشير بذلك إلى ما حكاه

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٥٨٧) .

الباجي[1] أنه قال : قال مالك : إن كان للدين وثيقة فحيازته أن تدفع الوثيقة إليه ويكون أحق في الفلس والموت ، وإن لم يكن للدين ذكر حق ، فقال ابن القاسم أيضا : لا يجوز إلا أن يجمع بينهما ، وهو ظاهر قول مالك في « الموَّازيَّة » ، انتهى .

اللخـمي : وليس على الراهن أن يدفع ذكر الحق للمـرتهن إذا كان الدين عليه ، لأنه يخشى أن يجـحده فيتلف حقـه ، لأن قبض المرتهن للكتاب إنما هو ليـقبض به ، والمرتهن مستغن عن ذلك .

وَقَبْضُ الْجُـزْءِ الْمُشَاعِ وَالْبَـاقِي لِغَيْرِ الرَّاهِنِ إِنْ كَانَ عَـقَاراً جَائِزٌ بِاتِّفَـاقٍ ، وَفِي إِلْحَاقِ غَيْرِهِ بِهِ لا بِمَا فِيهِ لِلرَّاهِنِ حَقٌّ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ .

يعني : إذا كان للراهن جزء مشاع في شيء وباقي ذلك الشيء لغيره ، فإذا قبض المرتهن ذلك الجزء وحل محل الراهن ؛ فإن كان المرهون عقاراً صح الرهن وتم باتفاق ، وقد تقدم أول هذا التقييـد أنه قد استقرئ من كلام المصنف إذا حكى الاتفـاق ، فإنما يريد اتفاق أهل المذهب بخلاف الإجماع .

ابن عـبد السـلام : حكى المصنف الاتفاق لـكونه لم يطلع على الرواية التي في المذهب بمنع رهن المشاع .

خلـيل : وقد يقال : هذا لا يرد ؛ لأن كلام المصنف إنما هو في كيفية القبض ، وذلك مسـتلزم لصحة الرهن ابتـداء ، فكأنه يقول : اتفق القائلـون برهن المشاع على هذا ، والله أعلم .

وإن كان غير عـقار ؛ حيواناً أو عروضاً ، فـقال ابن القاسم في « المدونة »[2] : هـو كالعقار .

وقال أشهب وعبـد الملك : لابد من قبض المرتهن الجميع أو جعله بيـد الشريك أو بيد غيرهما ، هكذا نقل اللخمي وابن يونس قول أشهب ، فوجه قول ابن القاسم القياس على العقار .

المـــازري : ووجه قول أشـهب وعبد الملك أن الحـوز إنما صح في الرباع لأن نقلها لا

---

(1) « المنتقى » (٧/ ٢٦٢) .

(2) « المدونة » (٤/ ١٣١) .

يمكن، فصار المقدور عليه في قدرة الخلق رفع يد الراهن عن نصيبه ، وكون يد المرتهن يحل محله .

وأما ما ينقل ويزال ؛ فإنه يمكن فيه أن ينقله عن مكان إلى مكان ، وهكذا المعتاد فيه وفي قبضه فطلب في الحوز أعلى درجاته ، وهي نقله من مكان إلى مكان ينفرد به المرتهن.

اللخمي : وقول ابن القاسم أحسن .

ابن عبد السلام : والظاهر أنه لا فرق بين العقار وغيره .

والضميران المجروران في كلام المصنف بغير والباء عائدان على العقار وذلك واضح.

وَعَلَى الْمَشْهُور : لا يَسْتَأْذِنُ الشَّرِيكُ ولَهُ أَنْ يَقْسِمَ ويَبِيعَ ويُسَلِّمَ ، وَعَلَى الآخَرِ : فَفِي جَوَازِ بَيْعِه فَيَتَأَخَّرُ التَّسْلِيمُ قَوْلانِ ....

أي : وعلى قول المشهور ، أي : قول ابن القاسم ؛ كمن له نصف ثوب أو حيوان رهنه، ولا يستأذن الشريك الذي لم يرهن ؛ لأن الشريك يتصرف مع المرتهن ، وله - أي: للشريك الذي لم يرهن - أن يقسم الشرك إن كان مما يقبل القسمة ، وله بيع ما نابه ويسلمه للشريك ، ولا يمنعه رهن الشريك من ذلك ، لأن الرهن لا يتعلق بحصته ، وعلى قول أشهب لا يكون لأحد الشريكين أن يرهن حصته إلا بإذن شريكه ، لأن المرتهن على قوله يحتاج إلى حيازة الجميع ، ولهذا قال في « الموَّازيَّة » : من كان له نصف عبد أو دابة أو ما ينقل كالثوب والسيف ؛ لم يجز أن يرهن حصته إلا بإذن شريكه ، وكذلك ما لا ينقسم ، لأن ذلك يمنع صاحبه بيع نصيبه ، فإن لم يأذن له انتقض الرهن .

خليل : وينبغي أن يستأذنه أيضاً على قول ابن القاسم ؛ لأن الشريك الذي لم يرهن نصيبه قد يدعو إلى بيع الجميع لأجل ما عليه في بيع نصيبه مفرداً من الجنس ، فإذا دعا إلى ذلك مُكِّنَ منه لكونه من حقه ، فيؤدي إلى بيع النصيب المرتهن فينقل حكم المرتهن من الرهن إلى حكم آخر ، ومن حق المرتهن أن يتوثق في الرهن حتى لا يكون لأحد فيه حق في إزالة يده عن الرهن إلا بعد قضاء الدين الذي هو رهن به ، فإذا استؤذن الشريك الذي لم يرهن لم يكن له أن يدعو إلى المفاصلة وبيع الجميع حتى يحل أجل الدين ويقبض المرتهن حقه .

ثم فرع المصنف على قول أشهب بقوله : (**وَعَلَى الآخَرِ : فَفِي جَوَازِ بَيْعِهِ... إلخ**) ،

أي: إذا أذن على قول أشهب ، وقلنا : إنه يمنع من دعوى المفـاصلة ، فلو أراد بيع نصيبه على أن يقبض إلى أجـل الدين وهو أجل بعيد لا يجـوز بيع المعينات على أن يقـبض إليه على قولين المنسوب لأشهب الجواز .

المازري : وهو أشهرهما .

وقال ابن ميـسر بالمنع قياسـاً على بيع الغائب ، ورأى أشهب أنه لما كان للمـشتري هنا الانتفـاع في أكثـر الأشياء وإنما منع من دعـواه إلى بيع الجمـيع ، فقد ناسـب أن يقال هنا بالجواز دون المعين الذي يتأخـر قبضه ، فإنه إنما يدخل في قبض المشـتري بعد ذلك الأجل المشترط وهو غرر ؛ إذ لا يدري هل يبقى إلى ذلك الأجل أم لا .

ولهذا الذي أشرنا إليـه قال أشهب : ضمان هذا المبيع في هذه المسـألة من المشتري دون الغائب كالمواضعة .

وهكذا قال التونسي في كلامه على « الموَّازيَّة » .

التونسي والمازري وابن زرقون : وإذا وجب الضـمان على المشتري فيـجب عليه أن ينقد الثمن للبائع .

واعترض الباجي[1] قول أشهب بأن ذلك يمنع صاحبه بيع نصيبه ، فقال : هذا عندي لا يمنع ما ذكر ؛ لأن ذلك لا يمنع من بـيع نصيبه إن شاء أن يفرده بـالبيع أو يدعو الراهن إلى البيع معه ، فإن باعه بغيـر جنس الدين كان الثمن رهنا ، وإن كان بجنسه قضى منه الدين إن لم يأت برهن بدلاً منه .

ابن عـبد السـلام : وظاهر كلام أشهب أنه لا يحـتاج إلى إذن الشريك في الربع ، وإن كان مما تمكن قسمته ، وهذا معنى كلامه ، والصواب عندي ما قاله الباجي .

وَإِذَا كَانَ الْبَاقِي لِلرَّاهِنِ فَيُقْبَضُ الْجَمِيعُ ، وَقِيلَ : إِلا فِي الْعَقَارِ فَكَالأَجْنَبِيِّ

أي : وإن رهن نصف ثوب أو دار ونحـو ذلك وكان النصف الآخـر للراهن ؛ لم يصح حوز ذلك إلا أن يحـوز المرتهن جميع ذلك ، سـواء كان عقـاراً أو غيره على المشـهور ، والقول بأنه يكفي في العقار حوز البعض في « الموَّازيَّة » .

ابن عـبد السـلام : والقولان منسوبان « للـمدونة » ، وليس فيها عندي بيـان لهما ،

---

(١) « المنتقى » (٧/ ٢٥٩) .

والظاهر لا فرق بين العقار وغيره ، والمذهب في الهبة أن الموهوب له يحل في الجزء الموهوب محل الواهب ، سواء كان الباقي للواهب أو لغيره ، وبذلك استدل للقول بأنه حيازة ، وفرق للأول بأن الحيازة في الرهن أشد منها في الهبة ؛ لما تقدمت الإشارة إليه من قوة ملك الراهن دون الواهب .

ابن راشد : ألا ترى أن الهبة إذا رجعت إلى يد الواهب بعد طول المدة لم تبطل بخلاف الرهن .

تنبيهان :

الأول : قوله : (وَالْبَاقِي لِلرَّاهِنِ) ظاهره أن جميع الباقي للراهن ، وليس ذلك بشرط في المسألة ، بل وكذلك إذا كان له حصة أخرى لم يرهنها ، والله أعلم .

الثاني : خصص المصنف الخلاف بما إذا كان جميعه للراهن بالعقار ، وهي طريقة أكثر الشيوخ ، ولم يحكوا في غير العقار خلافاً أنه لابد من حوز الجميع ، وحكى اللخمي الخلاف في غير العقار أيضاً .

وعَلَى الْمَشْهُورِ:لا يُمَكَّنُ مَنْ قَبَضَ فِي اسْتِئْجَارِ جُزْءٍ غَيْرِهِ ، ويَقْسِمُ أَوْ يَقْبِضُهُ الْمُرْتَهِنُ

يعني : وعلى المشهور وهو قول ابن القاسم أنه لا يشترط في غير العقار أن يحوز المرتهن الجميع ، بل يكفي أن يحل محل الراهن ، فلا يمكن الراهن إذا استأجر نصيب شريكه من قبض أجرة ذلك النصيب لأجل أنه تجول يده فيما اكتراه وفيما رهنه ، فيبطل حق المرتهن ، فإذا استأجره صحت الإجارة وقسم بينهما أو يقبض له المرتهن ، وفهم من كلامه صحة الإجارة ، ونص في « المدونة »[1] وغيرها على أنه لا يمنع من الإجارة ابتداء ، وقال : على المشهور ؛ لأنه على قول أشهب لا يتأتى هذا .

تنبيهان :

الأول : يفهم من كلام المصنف أنه لا يمكن في العقار من قبض في استئجار جزء غيره على قول ابن القاسم وأشهب .

ولعل المصنف لما رأى أن نصه على غير العقار يستلزم معرفته في العقار بخلاف العكس؛ فإنه لا يفهم من ذلك إلا بتأمل اقتصر على بيان الحكم في غير العقار .

---

(١) « المدونة » (٤/ ١٣١) .

الثاني : لا فرق بين قسمة الرقاب والمنافع في تصحيح الرهن ، قاله اللخمي .

وَلَوْ كَانَ الشَّرِيكُ أَمِينَهُمَا ثُمَّ رَهَنَ حِصَّتَهُ وَجَعَلا الأَوَّلَ أَمِينَهُمَا بَطَلَ حَوْزُ الْحِصَّتَيْنِ ..

يعني : إذا كانت دار أو غيرها شركة بين اثنين ، فرهن أحدهما حصة من شخص وجعل الراهن والمرتهن الشريك أمينهما ، ثم رهن أيضاً الأمين حصته لمرتهن الحصة الأولى وجعل الراهن الأول أمينهما ؛ بطل حوز الحصتين ، لأن الرهن صار بين الراهن الأول والثاني .

وما ذكره المصنف ذكر ابن المواز أنه سمعه من أصحاب مالك .

محمد : ولو جعلا نصيب الثاني على يد أجنبي أو يد المرتهن بطلت حصة الثاني فقط ، يريد لأنه حائز لنصيب الراهن الأول ، فيبقى ذلك في يده وهو مشاع ، فيبطل ما ارتهنه.

التونسي والمازري وغيرهما : وهذا إنما ينبني على أحد القولين فيمن رهن نصف داره من رجل وبقي الراهن يحوز مع المرتهن ؛ أن ذلك يمنع من صحة حوز الرهن ، وأما على القول بصحة هذا الحوز ؛ فلا يبطل رهن الباقي ، وإن كانت يد الراهن باقية على نصيب شريكه ، وهو تخريج ظاهر ؛ لأن قصارى أمره أن يكون بمنزلة ما لو كان الجميع له ، ولا إشكال في صحة الرهن الأول ، لأنه لا نظر له في شيء من الدار .

وَالْحَوْزُ الْمُتَقَدِّمُ لِغَيْرِ الرَّهْنِ كَالْمُتَأَخِّرِ لا يَكُونُ حَوْزاً عَلَى الأَصَحِّ

قد تقدم أنه يصح رهن المساقى والمستأجر ، وتكلم المصنف هنا على حوز ذلك ، والأصح لابن القاسم ؛ ففي « المجموعة » : مذهب ابن القاسم أنه يجوز للرجل أن يرهن ما هو بيده بإجارة أو مساقاة ويكون ذلك حوزاً للمرتهن ، مثل الذي يخدم العبد ثم يتصدق به على آخر بعد ذلك ، فيكون حوز المخدم حوزاً للمتصدق عليه .

ومقابله لمالك في « الموَّازيَّة » : أن من اكترى عبداً أو داراً سنة أو أخذ حائطاً مساقاة ثم ارتهن شيئاً من ذلك قبل فراغ أجله ، فلا يكون حوزاً للرهن ؛ لأنه محوز قبل ذلك بوجه آخر ، قيل له : ما الفرق بين هذا وفضلة الرهن وقد تقدم فيه حوز الأول ؟ قال : هذا محوز عن صاحبه والأول هو باسم صاحبه في المساقاة والكراء .

ابن المواز : هذا محوز له والرهن محوز عنه ، فهما وجهان .

ابن عبد السلام : وهو فرق جلي يظهر صوابه إثر تصوره ، وإن كان ابن يونس لم يرتضه ، وقال : إنهما سواء .

ولابن الماجشون نحو ما في « الموَّازيَّة » ، وتصحيح المصنف موافق لاختيار ابن يونس .

وَيَجُوزُ أَنْ يُوَكِّلَ مُكَاتَبَ الرَّاهِنِ فِي قَبْضِهِ ، بِخِلافِ عَبْدِهِ ومُسْتَوْلَدَتِه ووَلَدِه الصَّغِير

يعني : ويجوز للمرتهن أن يوكل مكاتب الراهن في قبض الرهن ، لأنه قد أحرز نفسه وماله ، بخلاف العبد والمستولدة ، فإن للسيد انتزاع مالهما ، فما تحت أيديهما بمنزلة ما هو تحت يده ، وكذلك له النظر التام في مال ولده الصغير ، وفي معناه الكبير السفيه [:ولده الكبير الذى تحت نظره ، الباجى(١) :](٢) ، ولا خلاف في ذلك .

واختلف في الابن المالك لأمره البائن عن أبيه ، فقال ابن القاسم : لا ينبغي ذلك ويفسخ .

وقال سحنون : ذلك جائز ، وقاله ابن الماجشون في البنت والابن ، وأما وضعه بيد زوجة الراهن ؛ فقال ابن القاسم في « المجموعة » وغيرها : لا يجوز ذلك ، وقال أصبغ: إن حيز ذلك عن راهنه حتى لا يلى عليه ولا يقضى فيه جاز .

وأما وضعه على يد أخي الراهن ؛ فقال ابن القاسم في « الموَّازيَّة » و « العتبية »(٣) : لا ينبغي ذلك ، وضعفه ، وقال في « المجموعة » : ذلك رهن تام ، وهو أصح ، انتهى.

عبد الملك : ولو كان ليتيم وليان فأخذ اليتيم ديناً ورهن به رهناً ووضع على يد أحدهما لم يتم بذلك الحوز ؛ لأن الولاية لهما ولا يجوز الرد على نفسه .

المازري : وأما حوز القيم بأمور الراهن المتصرف في ماله وشؤونه ؛ فقد وقع في الرواية أنه إن حاز جميع الرهن كدارٍ رهن الراهن جميعها فحازها القائم بشؤون الراهن للمرتهن بإذنه ؛ فذلك حوز لا يبطل الرهن ، وإن كان إنما رهن الراهن نصفها وأبقى النصف الآخر على ملكه وتصرفه ، فإن قبض القائم بشؤون الراهن لا يصح ؛ لكون الجزء الآخر الذي لم يرتهن بحوز هذا القائم بنيابة عن الراهن ، وهو غير مميز من الجزء المرتهن ؛ فكان يد المرتهن على جميع الرهن ، انتهى .

---

(١) سقط من ط .

(٢) « المنتقى » (٧/ ٢٦٥) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١١/ ٢٣) .

وقــاله ابن الماجشــون ، وزاد إلا أن يكون عــبداً فــلا يجــوز بيعــه ، يعني : وإن رهن الجميع، لأن حوز العبد حوز لسيده ، كان مأذوناً له أو لا .

وَإِذَا طَلَبَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ عِنْدَ عَدْلٍ فَهُوَ لَهُ

أي : إذا وقع الشـرط على أن يكون بيـد المرتهن أو عدل عـمل عليـه ، وإلا فنص ابن القاسم في « العتـبية »[(١)] على ما ذكره المـصنف : أن القول قول من دعا إلى وضـعه بيد العدل، أمـا الراهن فلأنه قـد يكره حيـازة المرتهن خوف أن يدعي ضـياعه ، وأمـا المرتهن فليدفـع عن نفسه حـفظه ، والضمـان على تقدير هلاكـه إن كان مما يغاب عـليه ، ونص اللخمي على أنه إذا كانت العادة تسليم الرهن للمرتهن ؛ أنه يقضى له بذلك كالشرط .

فَإِنْ أَسْلَمَهُ دُونَ إِذْنِهِمَا ضَمِنَ

أي : فـإن أسلم العدل الرهن دون إذن الراهن والمرتـهن ضمن ، ولم يبين المصنف مـا الذي يضمن ، وكذلك لم يبين هل الرهن مما يغاب عليه أم لا .

وفي « المدونة »[(٢)] : وإن تعدى العدل في رهن على يده فـدفعه إلى الراهن أو المرتهن فضاع وهو مما يغاب عليه ؛ فإن دفعه إلى الراهن ضمنه للمرتهن .

ابن يونس وغـيـره : يريد أنه يضمن له الأقل من قـيمتـه أو من الدين ، لأنه إن كانت قيمته أقل فهو الذي أتلفه عليه ، وإن كان الدين أقل لم تكن له المطالبة بغيره .

قـــال في « المدونة »[(٣)] : وإن دفعه للمـرتهن ضمنه الراهن ، فإن كـان الرهن كفاف الدين؛ سقط دين المرتهن لهلاكه بيده ، وإن كان فيه فضل ضمن العدل فضله للراهن .

ابن يونس : يريد ويرجع به على الراهن .

اللخمي وابن عـبد السلام : وهذا إذا كان بعد الأجل أو قبله ولم يعلم بذلك حتى حل الأجل ، فأما إن علم بذلك قبل الأجل ؛ كان للراهن أن يغرم القيـمة أيهما شاء ؛ لأنهما متعديان عليـه ، هذا في دفعه ، وهذا في أخذه ، وتوقف القيمـة على يد عدل غير الأول خيفة أن يتعدى عليه ثانية ، وللراهن أن يأتي برهن مكان الأول ويأخذ القيمة .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١١/ ٢٣) .

(٢) « المدونة » (٤/ ١٣٩) .

(٣) « المدونة » (٤/ ١٣٩) .

أبو الحسن : وانظر قوله في « المدونة » : وهو مما يغاب عليه ؛ مفهومه أن ما لا يغاب عليه ليس كذلك ، وهذا إنما يضمنه بالعداء ، وما يضمن بالعداء لا يفصل فيه بين ما يغاب عليه أو لا ، ولعله إنما ذكر ما يغاب عليه لأجل المرتهن الذي يضمن القيمة ، ولكن قوله: (**مَا يُغَابُ عَلَيْهِ**) إنما هو في السؤال فلا يعمل بمفهومه ، ولا فرق بين ما يغاب عليه ، وما لا يغاب عليه؛ لأن العدل والمرتهن متعـديان ، وهو الذي يظهر من كلام اللخمي المتقدم ، انتهى .

ومن أحب الزيادة على هذا أو الاطلاع على مـسألة مـحمـد والكلام عليهـا فلينظر ابن يونس .

فَإِنِ اخْتَلَفَا فِي عَدْلَيْنِ ؛ فَقِيلَ : يَنْظُرُ الْحَاكِمُ فِي ذَلِكَ ، وقِيلَ : عَدْلُ الرَّاهِنِ

يعني : فإن أحب الراهن عدلاً وأحب المرتهن غيره ، فقال محمد بن عبد الحكم : ينظر الحاكم في ذلك .

والقول بأن ذلك للراهن للخمي : قال : وهو أنظر لنفسه في حفظه ومن يثق به .

ابن عبد السلام : ويظهر الأول فيما إذا ادعى كل واحد منهما العدالة في شخص ونازعه الآخر ، ويظهر الثاني فيـما إذا اتفقا على عدالته ، لكن المسألة مفروضة عنـد الشيوخ فيما هو أعم من كل واحدة من الصورتين .

قـــال في « المدونة » (١): وإن مات العـدل وبيده رهن فليس له أن يوصي عـند موته بوضعه عند غيره ، والأمر في ذلك للمتراهنين .

وَيُشْتَرَطُ دَوَامُ الْقَبْضِ

أي : يشترط دوام القبض في الاختصاص بالرهن ، والمراد بدوام القبض أن يكون الرهن بيد المرتهن أو بيد العـدل لا بيد الراهن وقت الحاجة إليه ، خلافاً للحـنفية في قولهم : إن رجوعه إلى يد الراهن بالعارية أو بالإيداع لا يبطل بخلاف الإجارة .

واستدل أهل المذهب بـقوله تعالى : ﴿ **فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ** ﴾ [البـقرة:٢٨٣] وقـالوا : هذه الصفة مطلوبة فـي الرهن لقصد التوثق ، والمطلوب من التوثـق أن يكون الرهن محوزاً عن الراهن .

---

(١) « المدونة » (١٣٩/٤) .

فَلَوْ عَادَ اخْتِيَاراً فَلِلمُرْتَهِنِ طَلَبُهُ قَبْلَ فَوْتِهِ بِعِتْقٍ أَوْ تَحْبِيسٍ أَوْ قِيَامِ الْغُرَمَاءِ

يـعنـي : فلو عاد الرهن إلى الراهن اختيـاراً من المرتهن أو بوديعة أو إجارة ؛ فللمرتهن طلب الرهن ، قاله ابن القاسم وأشهب .

اللخمي : وإنما يرجع في الإجارة إذا انقضت مدتها ، وإن قام قبل ذلك وقال : جهلت أن ذلك نقض لرهني وأشبه ما قال ؛ حلف ورده ما لم يقم الغرماء .

فـإن قلت : كيف تتصور الإجارة والغلة إنما هي للراهن ، وكيف يتصور أن يستأجر من نفسه ؟

قيل : يحمل ذلك على ما إذا كان المرتهن اكتراه ثم أكراه للرهن .

وقوله : (**إِلا أَنْ يَفُوتَ بِعِتْقٍ... إلخ**) أي : له الطلب إلا في وجهين :

الأول : أن يقوم الغرماء ، **والثاني** : أن يفوت بتحبيس أو عتق .

ابن القاسـم وأشهب : أو بتدبير ونحوه ، وفي الفوت بالتدبير نظر ، لأنه لا يمنع ابتداء الرهن فكيف يمنع استصحـابه ، إلا أن يكون معنى قـولهمـا: إنه لا يمكن المرتهن من بيع المدبر الآن ، ولكن يرد إليـه ليحوزه على نحـو ما يحوز المـدبر في الارتهان ، فقـد أشار بعضهم إلى هذا .

وقال : (**اخْتـيَاراً**) لأنه لو عاد بغير الاختيار فله القيام مطلقاً ، سواء قام الغرماء أو لم يقوموا، فوته بما ذكر أو لا .

وَالْعَارِيَةُ الْمُؤَجَّلَةُ كَذَلِكَ ، فَإِنْ كَانَ عَلَى الرَّدِّ فَلَهُ ذَلِكَ

أي : إذا أعـاره على الرد ؛ سـواء أجله بموت أم لا كـذلك له الطـلب ، ولو قـال : والعارية على الرد لأجاد ؛ لأن قوله : (**الْمُـؤَجَّلَةُ**) إنما يتبادر الذهن منه إلى غير المؤجلة بمدة معينة.

ووقع في بعـض النسخ : (**وَالْعَـارِيَةُ الْمُؤَجَّلَةُ أَوْ عَلَى الرَّدِّ كَـذَلِكَ**) وهي أحـسن من الأولى لأخذ المسألة ؛ لكن فيهـا أيضاً نظر من وجه آخر ، وهو أن قوله : (**الْمُـؤَجَّلَةُ**) مستغنى عنه ؛ لأن قوله : (**عَلَى الرَّدِّ**) يشمل الصورتين كما ذكرنا .

وقوله : (**كَـذَلِكَ**) أي : لا يبطل الرهن فله ذلك ، أي : الطلب ما لم يفت أو تقم الغرماء، ولو اقتصر على قوله (**كَذَلِكَ**) لكفى .

وَفِي سُقُوطِ طَلَبِهِ بِالْعَارِيَةِ مُطْلَقاً قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ

هذا كله مع عود الرهن بالاختيار .

وحاصله : أن ابن القاسم جعل له الطلب في الإجارة والوديعة والعارية على الرد وأبطل الرهن إذا أعاره إعارة مطلقة من غير تقييد برده ، وسوى أشهب بين الجميع .

اللخمي وغيره : وقوله أبين ، وقال : فإن كانت العارية إلى أجل ارتجعها إذا انقضى ذلك الأجل ، ويختلف إذا لم يكن ضرب أجلاً ؛ لأن العارية لا أمد لها ، وقد قيل في هذا الأصل : إنها تبقى إلى مدة يرى أن يعير إلى مثلها .

خليل : وقد قيل لا يلزم هنا التأخير إلى مدة يمكن الانتفاع بها ، ويفرق بين العارية وغيرها بأن يقال : الرهن بيد الراهن يضعف حيازة المرتهن ، والله أعلم .

ولا فرق على القولين بين أن يكون المستعير هو الراهن أو غيره ، فقد حكى المازري القولين إذا أعاره لرجل أجنبي .

وذكر عن ابن حارث ثالثاً بالتفصيل إن كان الراهن هو الراغب للمرتهن في أن يمكن المستعير من الرهن فمكنه ، فإن ذلك كتمكين الراهن من الرهن ، وإن كان الراغب فيه هو المرتهن ؛ فإن ذلك لا يبطل الحوز ، قال : ويرد هذا التفصيل في الإجارة .

ونسب اللخمي القول الذي نسبه المصنف لابن القاسم لمالك ، وأشار إلى أنه يمكن حمله على أنه استردها قبل أن تمضي مدة تعار إلى مثلها لا على أنه سقط طلبها بالكلية .

ابن راشد : وإذا فرعنا على قول ابن القاسم بالبطلان ، فلو رده الراهن باختياره ، فهل يكون رهناً على حاله الأول أم لا ؟ قولان لابن القاسم وغيره حكاهما في « المتيطية » وبناهما على الخلاف في افتقار الرهن إلى التصريح به أم لا ؟

وَلَوْ أَذِنَ لِلرَّاهِنِ فِي وَطْءٍ بَطَلَ الرَّهْنُ ، وَكَذَلِكَ فِي إِسْكَانٍ أَوْ إِجَارَةٍ

مقتضاه : أن مجرد الإذن كافٍ في البطلان وهو نص « المدونة »[1] في حريم البئر ، ففيها : لو أذن المرتهن للراهن أن يسكن أو يكري ؛ فقد خرجت الدار من الرهن وإن لم يسكن ولم يكرِ ، وقال أشهب : بل حتى يكريها .

---

(١) « المدونة » (٤/٤٧٦) .

وظاهر كلام غير واحد أن قول أشهب خلاف ، وصرح بذلك المازري .

وقال ابن حارث : معنى قول ابن القاسم أن الرهن كان على يد أمين .

ومعنى قـول أشهب : أن الرهن كان على يد المرتهن ، وهكذا نقل ابن راشـد قول ابن حارث .

وذكره المازري على أنه قول ثالث في المسألة ، فقال : فقد رأى ابن القـاسم أن مجرد الإذن كالترجيح بإسقاط حق المرتهن ، وكما أن عقد الرهن يلزم بالقول فكذلك يسقط وهو الأشبه بأصل المذهب ، واستصحب أشهب الحوز .

تنبيه :

وقع في « المدونة »(١) في الرهن فيمن ارتهن رهناً فقبضه ثم أودعه للراهن أو أجاره أو أعاره إياه أو رده إليه بأي وجه كان حتى يكون الراهن هو الحائز له ؛ فقد خرج من الرهن، وجعله ابن عبد السلام مخالفاً لما في كتاب حريم البئر ، وكذلك قال أبو الحسن .

وظاهر هذا : أن مجـرد الإذن لا يبطل ، وفيه نظر ؛ لأنه لا منافـاة بين البابين ، لأنه نص في باب الرهن على وجه متـفق عليه ، وبين ما في حريم البـئر أن الرهن يبطل بمجرد الإذن ، وقد حمل ابن يونس وغـيره ما في حريم البئر على أنه تقـييد لما في الرهن ، ولم ينقل المازري عن ابن القاسم إلا ما في حريم البئر ، والله أعلم .

وَلَكِنْ يَتَوَلاَّهُ الْمُرْتَهِنُ بِإِذْنِه

ضمير (يَتَـوَلاَّهُ) عائد على ما فهم من إجارة وإسكان ، يعني : ولكن إن أراد الجمع بين صحة الإجارة وتمام الرهن فليتولَّ المرتهن الكراء بإذن الراهن له في ذلك .

وظاهر كلامـه : أنه لو لم يأذن له لم يكن له ذلك ، وهو قول ابن القـاسم وأشهب ، زاد أشهب : إلا إذا اشترط أن كراءه رهن مع رقبته ؛ فله أن يكريه حينئذ بغير إذنه .

وقال ابن عبد الحكم : للمرتهن أن يكري الرهن دون إذن الراهن .

ونقل بعضهم عن ابن الماجشون : أن المرتهن إذا ترك كراء الدار ولكرائها خطب وقدر ؛ أنه ضامن يوم ارتهـانها ، لأنه تعمـد إبطالها ما لم يـكن الراهن عالماً بذلك ، فحـينئذٍ لا يكون على المرتهن ضمان ، لأن رد بينته وسكوته رضـا ، وحكى بعضهم عنه أنه يستحب

(١) « المدونة » (٤/ ١٤٢) .

لمرتهن الدار أن يكري الدار بمؤامـرة ربها إن كان حـاضراً ، وإن ترك ذلك جـاز ومضى إذا اجتهد ، ولا منافاة بينه وبين ما حكى الأول فتأمله .

وَيَدُ الْمُرْتَهِنِ بَعْدَ الْمَوْتِ أَوِ الْفَلَسِ لا يَثْبُتُ بِهَا الْحَـوْزُ وَإِنِ اتَّفَقَا ، إِلا بِبَيِّنَةٍ بِمُعَايَنَتِهِ أَنَّهُ حَازَهُ قَبْلُ .....

يعني : إذا وجد بيد من له دين على شخص سلعة للمدين بعد موته أو فلسه وادعى أنها رهن عنده ؛ لم يصـدق في ذلك ولو وافـقه المرتهـن ؛ خشـية أن يتـقـارر الإسقـاط حق الغرماء .

عبد الملك : وفي « الموَّازيَّة » و « المجموعة » : ولا ينفعه ذلك حتى يعلم أنه حازها قبل الموت والفلس .

محـمد : صوابه لا ينفعه إلا بمعاينة الحوز ، وهو الذي ذكر اللخمي أنه لابد من معاينة البينة لقبض المرتهن .

وذكر ابن يونس أول كتاب الرهن قولين ؛ أعني : هل يكفي معاينة الحوز أو التحويز؟ واختار الباجي(١) الحوز ، قال : ولعله قول محمد ، ولكن ظاهر لفظه خلافه .

وذكر ابن عبد السلام عن بعض الأندلسـيين : أن الذي جرى عليه العمل عندهم أنه إذا وجد الرهن بيد المرتهن وقد حازه كان رهناً ، وإن لم يحضر الحيازة .

وفي « المقـدمـات »(٢) : ولو وجد الرهن بيـد المرتهن فادعى أنه قبضه قـبل التفليس وجحد ذلك الغرماء ؛ جرى الأمر فيه على الاخـتلاف في الصدقة توجد بيد المتصدق عليه بعد موت المتصدق فيدعي قبضها في صحته .

وفي « المدونة » دليل على القولين جميعاً ، ولو لم يتعلق بذلك حق الغرماء لوجب أن يصدق المرتهن ، ويقـبل إقراره أنه قد حـاز الرهن فيكون إقـراره له كشاهد على حـقه إلى مبلغ قيمته .

ابن عـبـد السـلام : ولو شهد شـاهدان بالحيازة وآخران بعـمدها عمل بشهـادة الحيازة لزيادتها.

---

(١) « المنتقى » (٧/٢٥٨) .

(٢) « المقدمات » (٢/٣٦٧) .

وقول المصنف : (**بِمُعَايَنَتِه أَنَّهُ حَازَهُ**) يحتمل كلاً من القولين ، لكن المفهوم من المعاينة أنه لابد من الشهادة على الحوز .

وَكَذَلِكَ يَدُ الأَمِينِ

يعني : فلا يقبل قوله أنه حازه إلا بالبينة ، وهكذا نقل الباجي[1] عن ابن الماجشون ، واقتصر عليه اللخمي ولم يعزه ، وبه قال ابن عتاب ، قال : شهادة الأمين في ذلك ضعيفة، وقال سحنون : تقبل العدل الموضوع على يده الرهن في الدين .

وَلَوْ بَاعَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ نَفَذَ وَأَتَى بِرَهْنٍ مَكَانَهُ

يعني : فلو باع الراهن الرهن قبل أن يقبضه المرتهن نفذ البيع وإن كان لا يجوز له ذلك ابتداء ، ولزم الراهن أن يأتي برهن آخر مكان المبيع يوضع إلى أجله .

وهذه إحدى روايتي « الموَّازيَّة » ، ونقله محمد عن ابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم.

والرواية الثانية : أنه لا يلزمه الإتيان برهن ، ونقله أيضاً عن ابن القاسم ، ونص ابن عبد السلام على أن هاتين الروايتين فيما إذا لم يفرط في الطلب ، ونقل عن بعضهم أنه جعل للمرتهن نقض البيع ورد الرهن على ما وقع عليه الشرط أولاً ، فإن فات بيد مشتريه كان الثمن رهناً ، وظاهر « المدونة » كالثانية خلاف ما ذكره المصنف ، ولفظها : وإن بعت من رجل سلعة على أن يرهنك عبده ميموناً ففارقته قبل قبضه ؛ لم يبطل الرهن ولك أخذه منه ما لم تقم الغرماء فتكون أسوتهم ، وإن باعه قبل أن يقبضه منه مضى البيع ، وليس لك أخذه برهن غيره ؛ لأن تركك إياه حتى باعه كتسليمك إياه .

فظاهر احتجاجه بقوله : « لأن تركك إياه. . . إلخ » راجع إلى سقوط طلب المرتهن لرهن آخر لا إلى نقض البيع .

وتأول ابن القصار وغيره « المدونة » على أن المرتهن فرط في قبض الرهن وتوانى ، لقوله : « لأن تركك إياه . . . إلخ » ولو لم يكن من المرتهن تفريط ولا توان لكان له مقال في رد البيع ، فإن فات بيد مشتريه كان الثمن رهناً .

---

(١) « المنتقى » (٧/ ٢٥٧) .

وكذلك تأولها الشيخ أبو محمـد على أنه تراخى في القبض ، فإن لم يتراخَ في القبض فبادر الراهن البيع لم يبطل الرهن ومضى البيع وكان الثمن رهناً .

وعلى هذا فيتلخص أن البيع يمضى إن كان المرتهن فرط ، وإن لم يفرط فقولان ، ونص عبد الملك في « المجموعة » على إمضاء البيع وإن لم يفرط .

عـيـاض : وأشار بعض شيوخنا إلى أن هذا فيمـا كان من الرهن شرطاً في أصل العقد فباعه الراهن بعد التراخي ، وأما ما كان بيعه مبادرة لإخراجه من الرهن فينتقض فيه البيع، فإن فات في يد مشتريه بقي الثمن رهناً .

وأما ما تطوع به من الرهن بعد العـقد فحكمه في بيعه قبل قبضـه كحكم بيع الهبة قبل قبضها .

ونقله ابن عبد السـلام عن غير واحد ، وقيـد ابن المواز وغيره ما تقـدم من إمضاء بيع الرهن ولا طلب له برهن آخر بما إذا أسلم البائع السلعة ، ولو بقيت بيده لم يلزمه تسليمها فرط أو لا حتى يأتي برهن .

وَبَعْدَهُ قَـالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : لَهُ رَدُّهُ فَإِنْ أَجَـازَهُ تَعَجَّلَ حَقَّـهُ ، وَرُوِيَ أَنَّهُ إِذَا بِيعَ بِمِثْلِ الدَّيْنِ وَقَدْرِهِ فَأَكْثَرَ مَضَى وتَعَجَّلَ ، وإلا فَلَهُ أَنْ يُجِيزَ أَوْ يَرُدَّ ....

وإن باع الراهن الرهن بعد قبض المرتهن له بغيـر إذنه ؛ فمذهب « المدونة » : له إجازته ورده ، فإن أجاز تعجل حقه ، **(وَرُوِيَ... إلخ)** هو لمالك في « الموَّازيَّة » .

وأول صاحب « البيان »[1] « المدونة » على وجه تتفق فيه مع « الموَّازيَّة» ، لأنه قال : معنى « المدونة » أن له رد البيـع إذا باعه بأقل من حقه ، أو كان الدين عـرضاً أنه لا يلزمه قبض العرض قبل حلوله إلا أن يكون من قرض ، ونحوه للخمي ، ولعل المصنف لهذا لم يصرح بمخالفة الرواية الثانـية للأولى ، وإلا فكان يمكنه أن يقول : فإن بيع بأقل من الدين أو بغير جنسه خير المرتهن ، وإلا ففي تخييره قولان لابن القاسم ومالك ليكون أخصر .

وقـوله في « المدونة »[2] : وإن أجاز تعجل حقه ، قـال فيها : شاء الراهن أو أبى ، وهو مقيد بأن يحلف أنه إنما أجاز لذلك ، صرح بذلك في « التلقين » .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١١/ ٣٠) .

(٢) « المدونة » (٤/ ١٣٣) .

وقوله في « الموَّازيَّة » : بمثل الدين ، أي : في الجنس والصفة والقدر .

ابن راشـد : وقوْله : وإلا يدخل فيه ثلاث صـور ، وهي واضحة ، ونص هذه الرواية عند ابن يونس : وإن باعه بعد الحوز وهو بيد المرتهن أو بيد أمين ؛ فإن باعه بمثل الحق فإنه يجعل للمرتهن حقه ، وإن لم يحل الأجل وينفذ البيع ، ولا حاجة للمرتهن في حقه لأنه مضار إلا أن يباع بأقل من حقه فله أن يرده أو يمضيه ويتعجل الثمن ويطلبه بما بقي .

ابن المواز : وكذلك إن باعه بثمن يخالف حق المرتهن فله نقض البيع .

محمد : وقد كان من رواية ابن القاسم وأشهب : أنه إذا باعه بعد الحوز فلا بيع له ويرد والأولى أحب إلي وعليه أصحابه أنه ينفذ بيعه ويتعجل حقه إن بيع بمثل دينه .

أشـهب : وإن استهلك ثمن الرهن قبل أن يدفعه إلى المرتهن ؛ فإن كان عنده وفاء وداه وتم البيع وإلا فللمرتهن رد البـيع ، وانظر كيف جعل قوله : (**إنْ بِيعَ بِمِـثْلِ الدَّيْنِ**) فى الرواية ، وإنما هو من قـول ابن المواز ، وقـيـد اللخـمي مـا ذكـره في « الموَّازيَّة » من أن للمرتهن رد البيع إذا بيع بأقل من الدين بما إذا لم يكن ذلك الوقت وقت نفاذ بيعه ، قال : وإلا فـلا رد له ، وإن لم يوف بالدين ، لأن المـنع ضـرر على الراهن من غـيـر منفـعـة للمرتهن.

وعن أشهب : إن لم يجز المرتهن بيعه وفي ثمن الرهن وفاء وللراهن مال ؛ فلا يلتفت إليه ويمضيْ البيع وإلا نقض ، وإن أجاز بيعه بغير إذنه إلى أجله ووقف له الثمن رهناً ، إلا أن يأتي الراهن برهن ثقة يشبه الذي باع .

وقال سـحنون : وإن لم يأت برهن يشـبه الذي باع عـجل له الثمن ، إذ لا فـائدة في إيقافه ، ورواه ابن عبد الحكم عن مالك .

فَـإِنْ كَـانَ بِإِذْنه ولَـمْ يُسَلِّمْـهُ ، وقَـالَ : أَذِنْتُ لأَتَعَـجَّلَ ؛ حَلَفَ وَأَتَى بِرَهْنٍ مَكَانَهُ ، فَـإِنْ أَسْلَمَهُ بَطَلَ رَهْنُهُ ....

يعـني : فإن كان بيع الراهن الرهن بإذن المرتهن فإن لم يسلمه للراهن وأبقاه تحت يده ، وقال : إنما أذنت له في البـيع لإحياء الرهن ؛ بأن يكون الثـمن رهناً أو يأتي برهن ثقة لا ليأخذ الراهن الثمن ؛ حلف المرتهن على ذلك وأتى الراهن برهن ثقة .

قال في « المدونة »[1] : يشبه الرهن الذي بيع وتكون قيمته كقيمة الرهن الأول فلك أخذ الثمن ، وإلا بقي الثمن رهناً إلى الأجل ولم يعجل للمرتهن حقه ، ولأشهب في «المجموعة» إذا باعه الراهن بإذن المرتهن فلا أرى الثمن له رهناً إلا أن يكون المرتهن اشترط ذلك ، وإن اشترط عند الإذن أن يقبض حقه ؛ فإن ذلك لا يصح وأراه إلى أجله ، لأن اشتراط تعجيل الثمن في البيع سلف جر منفعة ، وأما إن أسلم المرتهن الرهن للراهن فقد بطل الرهن ، لأن دفعه الرهن للراهن دليل على إسقاط المرتهن حقه منه ، وهذا مذهب «المدونة » ، وقيل : لا يبطل ، بل يحلف المرتهن ويوقف الثمن .

وفي « الموَّازيَّة » : إذا أوصل المرتهن الرهن للراهن حتى باعه فبيعه جائز ، ولا يعجل الحق كما لو باعه قبل الحوز ، وإن قال المرتهن : إنما أوصلت إليك لتعجل لي حقي وأنكر الراهن ، فقال أشهب : يحلف المرتهن والقول قوله ، ولا يضره قيام الغرماء إن كان ذلك بقرب دفعه إليه ، وإن كان ليس بقرب دفعه فقام الغرماء فهم أحق بالثمن .

عياض : وقوله في « المدونة » : وتكون قيمته كالأول ، يدل على أنه إنما يريد مثل الرهن الأول وإن كان زائداً على الدين ؛ لأنه قد رضي الأخذ بذلك وعليه عقد عقده ، ولهذه الزيادة فائدة ، إذ قد تنخفض في الأسواق في الأجل ، وقيل : معناه أن يكون الرهن حيواناً أو ما لا يغاب عليه مما لا ضمان على المرتهن فيه فيأتيه بخلافه فيلزمه .

خليل : وظاهر « المدونة » هو ظاهر من جهة المعنى أنه لابد من المعنيين ، لأن قوله فيها يشبه الرهن الذي بيع ، أي : في كونه مما لا يغاب عليه .

وقوله : وتكون قيمته كقيمته ، ظاهر في اشتراط مساواة القيمة ، والله أعلم .

فَإِنْ أَعْتَقَهُ أَوْ كَاتَبَهُ أَوْ دبَّرَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ أَو بَعْدَهُ فَكَالْبَيْعِ قَبْلَهُ ، وَفِيهَا : يَتَعَجَّلُ بَعْدَهُ وَلا يَلْزَمُ قَبُولُ رَهْنٍ ....

أي : فإن كان الرهن عبداً فأعتقه الراهن أو كاتبه أو دبره قبل القبض ، ولا يريد أنه يجوز له ذلك ابتداء ، فإن ذلك لا يجوز ، نص عليه في « المدونة »[2] وغيرها ، وإنما مراده لو فعل .

---

(١) « المدونة » (٤/١٣٣) .

(٢) « المدونة » (٤/١٥٨) .

وظاهر قـوله : (**كَالْبَـيْعِ قَبْلَهُ**) أنه يمضي ما فعله ويأتي برهن ثقـة ، ويحتمل أن يريد بقوله : (فكالبيع) أي : في لزوم فعله وتعـجيل الحق ، ويكون قوله بعد هذا : (**وَفِيـهَا : يَتَعَجَّلُ... إلخ**) ، بياناً لذلك ، وهذا الوجه وإن كان بعيداً من لفظه إلا أنه ينبغي أن يعتمد عليه هنا ، لأن النقل لا يصحح الوجه الأول ، وسيظهر لك ذلك .

وقـوله : (**أَو بَعْـدَهُ**) يحتمل بعد القبض وهو ظاهر لفظه ، ويحتمل بعد ما فعله من عتق أو كتابة أو تدبيـر ، وهذا الثاني أقرب لما في « المدونة » ؛ لأنه لم يذكر فيهـا قبضاً ، ففيها: ومن رهن عبداً ثم كاتبه أو عتقه جاز ذلك إن كان مليا وعجل الدين .

زاد في رواية ابن عتاب : أن يكون في ثمن الكتابة إذا بيعت وفاء الدين فتجوز الكتابة، ثم قال فيها : وإن دبره بقي رهناً ، لأن للرجل رهن مدبره .

وروى ابن وهب عن مالك : التدبير مثل العتق ، ويعجل له دينه ، وعلى هذا ففي نقل المصنف لمذهب « المدونة » نظر ، لأنه ترك رواية ابن القاسم .

فإن قلت : لعله اخـتار رواية أشهب كـما اختـارها سحنون وغيـره ، لأن ما رواه ابن القاسم فيـه احتمال إبطال التدبير لإعـسار السيد بالثمن عند الأجل ، قـيل : ولو اختارها لكان ينبغي أن ينبه على رواية ابن القاسم .

فإن قلت : فلم عجل الدين في العتق والكتابة ؟

قـيل : لأنهم عدوه بقوله راضياً بتعجيل الدين ، لأن الرجوع في الرهن لا يجوز والرد في الرق لا يجوز ، فلم يبق إلا تـعجيل الدين ، وقلنا : النقل لا يصـحح الوجه الأول ؛ لأن كلام المصنف يشتمل على ست مسائل ، إذ كـل من العتق والكتابة والتدبير صورتان ؛ إحداهما قبل قبض المرتهن ، والثانية بعده .

وإذا حملـنا كلامه علـى ظاهره يلزمه أن يكون الحكم في السـتة أنه يمضي فـعله ويأتي برهن ثقة ، ولنذكر ما في ذلك قبل القبض وبعده ، أمـا قبل القبض فلم يصرح أحد فيما رأيت بالإتيان برهن ، بل نص أشهب على أنه لا يلزم الإتيان برهن ، وظاهر « المدونة » : أنه يعجل الحق في الكتـابة دون التدبير كما تقـدم ، إذ لم يفرق فيهـا بين قبل القبض ولا بعده ، وصرح ابن القاسم بذلك في « العتبية »[1] ، خلافاً لرواية ابن وهب أنه يعجل فيها كما تقدم ، ونقل اللخمي في العتق والكتابة والإيلاد والتدبير قبل الحوز قولين :

---

(١) « البيان والتحصيل » (١١/٨٣) .

أولهما لابن القاسم في « العتبية » : أن بيعه قبل الحوز أو عتقه أو وطأه أو هبته أو صدقته جائزة ، ويؤخذ ما عليه من الدين ويقضي صاحبه ، وإن لم يكن موسراً لم يجز شيء إلا أن يولد أو يبيع .

والثاني : أن ذلك لا يعد رضا ولا يعجل الدين ، قال : ويختلف على القول بأن ذلك ليس برضا في البيع ، هل يعجل الثمن الذي بيع به ، أو يأخذه الراهن ولا شيء للمرتهن فيه ، انتهى .

اللخمي : وقال أشهب في « الموَّازيَّة » : أما الكتابة والتدبير ؛ فللمرتهن أن يقبض رهنه فيكون محوزاً وهو مكاتب أو مدبر وتكون الكتابة رهناً ولا تكون خدمة المدبر رهناً ، وقد قال محمد : والكتابة مثل الخدمة .

اللخمي : يريد ويأخذ السيد كلما حل نجم ، فإن أدى كان حرًّا ولا شيء فيه للمرتهن، وإن عجز كان رهناً .

ويصح كلام المصنف في العتق على ما تقدم عن ابن المواز ؛ لأنه قال : تعدي الراهن في العتق كتعديه في البيع عند مالك قبل القبض أو بعده ، وقد تقدم أن في إحدى الروايتين أنه لا يلزمه أن يأتي برهن آخر .

وأما بعد القبض فقد تقدم ما في « المدونة » ، ولم أر من قال بالإتيان برهن آخر إلا الأبهري ، فإنه قال بذلك في العتق خاصة ، وهكذا قال ابن راشد ، وألزمه اللخمي أن يكون في الإيلاد كذلك ، وقال أشهب مثل ما قدمناه عنه .

ونص قوله في ابن يونس [١] : وقال أشهب : هما -أي الكتابة والتدبير- مثل العتق ؛ إن كان مليا أخذ منه الحق معجلاً إن كان ذلك بعد الحيازة ، وإن لم يكن ملياً بقي ذلك بيد المرتهن بحاله ، فإن أدى الدين نفذ ما صنع الراهن ، وإن لم يؤده بطل صنعه وبيع ذلك ، وإن كان في بعض ثمنه وفاء ؛ بيع في العتق بقدر الدين وعتق الباقي .

أشهب : وأما في الكتابة والتدبير والولادة فيباع ذلك كله ويكون قبض ثمنه لسيده ، إذ لا يكون بعض أم ولد ولا بعض مكاتب ولا مدبر .

ابن يونس [٢] : وقال ابن المواز : وأما في الكتابة والتدبير فيبقى رهناً بحاله ؛ لأن الكتابة مما يباع وإن تم الأجل وفيها وفاء بيعت وإن كان فيها فضل لم يبع منها إلا قدر

---

(١) الجامع لابن يونس (٨/ ٣٥٧) .
(٢) الجامع لابن يونس (٨/ ٣٥٨) .

الدين ، وإن لم يكن فيها وفاء إلا ببيع الرقبة بيعت الرقبة ، وكذلك المدبر إذا حل الأجل بيع كله ولا يجوز بيع شيء منه على أنه مدبر على حاله لا على أن يقاويه فيه ، وأما إذا أولد الراهن الأمة فيجوز بيع بعضها ويبقى باقيها بحساب أم الولد ، وكذلك يباع بعض المدبر على أنه رقيق للمبتاع ويبقى باقيه مدبراً ؛ لجواز تدبير أحد الشريكين نصيبه بإذن شريكه ، ولا يجوز ذلك في الكتابة .

وَقَالَ أَشْهَبُ : وَلَهُ أَنْ يَتَمَسَّكَ بِالْمُكَاتَبِ وَالْمُدَبَّرِ وَيَسْتَوْفِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : مِنْ ثَمَنِهِ إِنْ عَجَزَ ....

ظاهره أن أشهب يخيره ، فإن شاء تعجل حقه ، وإن شاء تمسك بالمكاتب والمدبر ويستوفي من كتابته ، يعني : بخلاف خدمة المدبر فإنها لا تكون رهناً كما تقدم .

وحكى ابن يونس عن بعضهم أنه اتفق ابن القاسم وأشهب على أنه إذا كاتب العبد وهو موسر أنه يؤدي الدين وتتم الكتابة ، وهو يناقض ما حكاه المصنف عن أشهب ، لكن قد تقدم عن أشهب من كلام اللخمي مثل ما حكاه المصنف ، وهو قوله : وقال أشهب في «الموَّازيَّة » : أما الكتابة والتدبير فللمرتهن أن يقبض رهنه فيكون محوزاً وهو مكاتب ومدبر وتكون الكتابة رهناً ، لكن إنما قال أشهب هذا قبل القبض ، وأما بعده فقال : يعجل الحق إن كان ملياً ، وهذا لا يؤخذ من كلام المصنف .

اللخمي : وقال محمد : والكتابة مثل الخدمة ، يريد فيأخذ السيد كلما حل نجم ، فإن أدى كان حرّاً ولا شيء فيه للمرتهن ، وإن عجز كان رهناً ، انتهى .

وهذا الذي حكاه المصنف عن محمد بقوله : وقال محمد : من ثمنه إن عجز ، أي : وقال محمد: يستوفي من ثمنه إن عجز ولا شيء له من نفس الكتابة .

اللخمي : وعلى قول أشهب كلما حل نجم أخذه المرتهن من دينه ؛ إذ لا فائدة في وقفه، فإن وفى أو عجل الكتابة كان حرّاً وإن كان الدين أكثر من الكتابة ، وإن عجز كان رهناً في الباقي ، انتهى .

وقيد ابن يونس قول محمد بما إذا لم يوف ثمن الكتابة بالدين ، قال عنه ابن يونس .

ابن المواز : وأما في الكتابة والتدبير فيبقى رهناً بحاله ؛ لأن الكتابة مما يباع ، فإن تم الأجل وفيها وفاء بيعت ، وإن كان فيها فضل لم يبع منها إلا بقدر الدين ، وإن لم يكن فيها وفاء إلا ببيع الرقبة بيعت الرقبة ، انتهى .

وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً بَقِيَ رَهْناً ، ومَتَى أَدَّى مَا عَلَيْهِ مِنْهُ أَوْ مِنَ الْعَبْدِ أَوْ مِنْ أَجْنَبِيٍّ نَفَذَ

أي : فإن كان الراهن معسراً ، ودل كلامه هذا على أن كلامه السابق مقيد باليسير ، قال في « المـدونة »(١): وإن أعتق وهو عديم بقي العبد رهـناً ، فإن أفاد ربه قبل الأجل مالاً أخذ منه الدين ونفذ العتق .

وقال بعد هذا : وإذا أعتق المديان عبـده وأراد الغرماء رده رد العتق وبيع ، إلا أن يقول لهم العبد : خذوا دينكم ، أو يتبرع لهم بذلك أجنبي فإنه ينفذ العتق ، فالضمير في (مِنْهُ) عائد على الراهن وهو ظاهر ، ولا إشكال في هذا إذا أعطى العـبد ذلك على ألا يرجع به على السيد ، وأما إن أداه ليرجع به عليه ؛ فنقل ابن يونس عن بعضهم أنه قال : ينبغي أن يكون ذلك للعبد ؛ لأن الغرماء لو شاؤوا أن يصبروا بدَيْنِهم ويجيزوا عتقه كان ذلك لهم ، إلا أن يقال : إن عـتقـه في العبد لـم يكن عتقاً يتم إلا بقضـاء الدين ، فصـار كأنه أدى الدين، وهو في ملك سيده ، وفي هذا نظر ؛ لأن السيد لو أعتـقه وللعبد على سيده دين ولم يكن استـثنى ماله لوجب أن يجوز عتـقه وبقي دينه في ذمة سـيده ، وليس له أن يرد عتق نفســه لأجل مال على سيده ؛ إذ لو رده لكان للسيد أخـذ ماله ولا تكون له فائدة في ذلك، كما قال : إذا زوج أمتـه لعبده وقبض صداقها واستهلكه ثم أعـتقها قبل البناء ؛ أنه لا خيار لها ، لأن ثبوت الخيار يسقطه ، انتهى باختصار .

ونقل بعض من تكلم على هذا الموضع قولين :

أحدهما : أنه لا يرجع على السيد .

والثـاني لابن رشد(٢) ، قال : والصواب أنه يرجع ؛ لأن الراهن لما تعدى فقد رضي ببقاء الدين في ذمته .

فَإِذَا تَعَذَّرَ بَيْعُ بَعْضِهِ بَعْدَ الأَجَلِ بِيعَ جَمِيعُهُ ، وَمَا بَقِيَ لِلرَّاهِنِ مِلْكٌ

يعني : إذا أعتق وهو معسر وبقي العبد رهناً إلى الأجل ؛ فإنه يباع منه عند الأجل بقدر الدين إن وجد من يشترط ذلك وأعتق ما بقي .

قال أشهب : وإن لم يجـد بيع كله وقضى الدين وكان لربه ما بقـي يصنع به ما شاء ،

---

(١) « المدونة » (٤/١٥٨) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/ ٨٤) .

لأن الحكم لما أوجب بيع جميعه صار ثمنه كلـه للراهن ، ولو قيل بجعله في جزء حرية ما بعد ، كما قالوا فيمن أعتق تطوعاً أو أهدى أو أخذ أرشاً .

قال أشهب : وإنما يباع بقدر الدين في العتق ، وأما في الولادة والتدبير والكتابة ؛ فيباع كله ويكون فـضل ثمنه لسـيده ، إذ لا يكون بعض أم الـولد ولا بعض مكاتب ولا بعض مدبر .

وَمُعِيرُ الرَّهْنِ إِذَا أَعْتَقَهُ كَذَلِكَ

يعـني : أن من أعار عبداً لمن يرهنه فرهنه المستعير ثم أعـتقه المعير ؛ فإن كان المعير مليا نفذ العتق ، وقيل له : عجل الدين لربه إذ أفسدت عليه رهنه .

قـال في « المدونة »[1] : إلا أن تكون قيمـة العبد أقل من الدين فلا يلزمه إلا قيـمته ويرجع المعير على المسـتعير بما أدى بعد محل الدين لا قـبله ، وخالف أشهب في هذا ولم يره كمن أعتق عبده بعد أن رهنه ورآه مثل الذي أعتق عبده بعد أن جنى ، فيحلف المعير ما أعتـقه ليؤدي الدين ويبـقى رهناً حتى يقضيـه حقه من ثمنه إن بيـع ، أو يفدى فينفذ فـيه العتق، فإن نكل غرم الأقل من قيمته أو الـدين ونفذ عتق العبد ، ورجح محمد الأول بأن الجناية أخرجت العـبد من ملك ربه إلا أن يفديه بخلاف المعـير ، فإن العبـد لم يخرج من ملكه ، وإلى أن المعيـر لم يكن له أن يطالب المسـتعير بما أدى إلا بعـد أجل الدين ، أشار المصنف بقوله :

وَإِذَا عَجَّلَ الْمُعِيرُ لِلْمُرْتَهِنِ رَجَعَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ بَعْدَ الأَجَلِ

لأن المستـعيـر إنما التزم أداء الدين بعـد أجل الدين بعد حلول الأجل ولم يفـعل شيـئاً يوجب عليه التعجيل .

وَيُمْنَعُ مِنَ الْوَطْءِ ، فَإِنْ فَعَلَ فَحَمَلَتْ فَالْوَلَدُ يُنْسَبُ مُطْلَقاً ، ثُمَّ إِنْ كَانَ غَصْبا فَكَالْعِتْقِ

يـعنـي : ويمنع الراهن من وطء الأمة المرهونة ؛ لأن وطأه لهـا تصرف في الرهن مبطل للحيـازة ، فإن وطئ فـحملت فالـولد ينسب ؛ أي : الابن له مطلقاً ، أي : سـواء كان غصباً أم لا ، كانت تخرج أم لا .

(١) « المدونة » (٤/ ١٦٠) .

ثم إن كان غصبـاً فكالعتق ؛ أي : فيلزمه تعجيل الدين أو قيـمة الأمة إن كانت أقل إن كان مليا ، وإن كان معسراً بيعت الجارية بعد الوضع .

ابن يونس : وحلول الأجل ، ولا يباع ولدها لما تقدم أنه حر ينسب .

ابن عبـد السلام : ولم يقولوا إذا نقص ثمنها عن الدين أن الراهن يغـرم الأقل من قيمة الولد أو بقية الدين مع أن الولد الحـادث بعد الرهن داخل في حكم الرهن ، ولو قيل به لما بعد ، وفي مسائل الأمة المستحقة والمعارة وما يلاحظه .

أشهب : وإن وجد من يبتاع منها بقدر الدين ؛ فعلت وأعتقت ما بقي ، وإن لم يوجد استُؤْنِي إلى الأجل ، فإن وجد أيضاً ذلك ، وإلا بيعت وقضى الدين ، وكان ما بقي لربها يصنع به ما شاء ، وهذا مأخوذ من قول المصنف فكالعتق .

فائدة : تباع أم الولد هنا ، وفي خمس مسائل :

الأولـــى : الأمة الجانيـة إذا وطئها السيـد بعد علمه بالجناية وهو عديم ، فـإنها تسلم للمجني عليه .

الثـانيـة : الابن يطأ أمة من تركة أبيه وعلى الأب دين يغـترق التركة والابن عديم وهو عالم بالدين حالة الوطء .

الثالثة : أمة المفلس إذا وقفت للبيع ووطئها وحملت .

الرابعة : أمة الشريكين يطؤها أحدهما وهو معسر .

الخامسة : إذا وطئ العامل أمة القراض فحملت وكان معسراً .

ويمكن أن تجعل هذه المسألة فائدة من وجه آخـر ، بأن يقال : توجد أمة حامل بحر في ست مسائل .

فإن قلت : هل يتصور عكس هذا ؛ بأن يكون العبد في بطن الحرة ؟

قيل : نعم ، وذلك إذا وطئ العبد جارية له وحملت وأعتقها ولم يعلم السيد بعتقه لها حتى أعـتقه ، فإن عتـق العبد أمتـه ماضٍ وتكون حرة والولد الذي في بطنها عـبد ؛ لأنه للسيد .

قال في « الجلاب » : فلو أعتقها بعد عتقه لم تعتق حتى تضع حملها ،والله أعلم .

وَإِنْ كَانَتْ مُخَلاَّةً تَذْهَبُ وَتَجِيءُ ؛ فَقِيلَ : يُنْتَقَضُ ، وَقِيلَ : كَالْغَاصِبِ

هذا قسيم قوله : (**إِنْ كَانَ غَصْباً**) يعني : وإن لم تكن موطوءة على وجه الغصب بل كانت مخلاة تذهب وتجيء في حوائج المرتهن فوطئها الراهن بغير إذنه ؛ فالمشهور : أنه ينتقض الرهن ، وجعلوا كونها مخلاة كالإذن في الوطء .

وقيل : كالغصب وهو قول مالك في « المدونة » ، فتباع دون الولد ، يريد : تباع بعد الأجل والوضع ، إلا أن يكون له مال ، وبه قال سحنون واختاره اللخمي ؛ لأن الراهن في كلتا الحالتين ممنوع من الوطء .

وَيُمْنَعُ الْعَبْدُ مِنْ وَطْءِ أَمَتِهِ الْمَرْهُونِ هُوَ مَعَهَا

يعني : أن السيد إذا رهن عبداً في دين وللعبد أمة أدخلها سيد العبد في الرهن لم يكن للعبد أن يطأ أمته ؛ لأن ذلك يشبه الانتزاع ، لأنه عرض كل واحد من العبد والأمة للبيع وقد يباعان مجتمعين ومنفردين ، وقلنا : يشبه الانتزاع ؛ لأنه ليس انتزاعاً حقيقة ، لأن المشهور إذا فكهما السيد من الرهن فللعبد أن يطأ بالملك السابق ، ولو كان انتزاعاً حقيقة لافتقر إلى تمليك ثان ، كما قاله ابن المواز ، وإذا منع العبد من وطء أمته المرهون هو معها فمن باب أولى أن يمتنع إذا رهنه السيد فقط ، وأما إذا رهنه فقط ؛ فأجاز له في « الموازيَّة » أن يطأ أمته وأم ولده إذ لم يكن المرتهن اشترط أن يكون ماله معه رهناً ، وأما إن اشترط ذلك فلا .

وقال بعضهم : إذا ارتهن عبداً وشرط أن ماله معه رهن معه وللعبد جارية أن للعبد أن يطأها ، بخلاف ما لو رهنه هو وجاريته .

ابن يونس[1] : وهو خلاف ما في « المدونة » .

وقول المصنف : (**الْمَرْهُونِ**) يجوز أن يكون صفة للأمة ، ويكون حينئذ صفة جرت على غير من هي له ، ولذلك أبرز الضمير في قوله : (**الْمَرْهُونِ هُوَ مَعَهَا**) ويجوز أن يرفع صفة للعبد ولا يحتاج على هذا إلى إبراز الضمير ، والله أعلم .

وَإِذَا زَنَى الْمُرْتَهِنُ بِهَا حُدَّ وَلا يَنْفَعُهُ دَعْوَى الْجَهْلِ

لأن المرتهن لا ملك له فيها، والمرتهن والأجنبي فيها سواء، ولا يعذر بشبهة الارتهان.

---

(١) الجامع لابن يونس (٨/ ٣٤٦) .

قال في « المدونة »[١] : لا يلحق بالمرتهن الولد ويكون مع الأم رهناً ، وعليه ما نقصها العبد ، بكراً كانت أو ثيباً إذا كرهها ، وكذلك إذا طاوعته وهي بكر ؛ **يعني** : بخلاف الثيب .

وقال أشهب : لا شيء عليه في المطاوعة ، وإن كانت بكراً كالحرة .

وفرق لابن القاسم : بأن الوطء هنا جارٍ على ملك السيد ، وصوبه ابن يونس وغيره أن عليه ما نقصها في الوطء ، وإن كانت ثيباً ؛ لأنه إذا كان عليه ما نقصها في الإكراه مع كونها لا تعد زانية ، فالطوع الذي تعد فيه زانية أولى .

واحتجوا لذلك بما في كتاب المكاتب أن على الأجنبي ما نقصها على كل حال ، والمرتهن أجنبي ، وقد حكى ابن رشد[٢] وغيره هذه الأقوال الثلاثة ، ولا خلاف أن عليه في الإكراه ما نقصها .

فرع :

قال في « المدونة »[٣] : ولو اشترى المرتهن هذه الأمة وولدها لم يعتق عليه الولد ؛ لأنه لم يثبت نسبه منه .

وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِهِ لَمْ يُحَدَّ وَلَزِمَتْهُ قِيمَتُهَا حَمَلَتْ أَوْ لا ، دُونَ قِيمَةِ الْوَلَدِ

يعني : فإذا كان وطء المرتهن للجارية بإذن الراهن لم يحد ، وكان القياس أن يحد إلا أنهم راعوا خلاف عطاء بن أبي رباح ، فإنه كان يجيز التحليل ابتداء .

وقوله : (**وَلَزِمَتْهُ قِيمَتُهَا**) إنما لزمته لتتم له الشبهة ، والله أعلم .

وَيَخْتَصُّ الْمُرْتَهِنُ عَنِ الْغُرَمَاءِ

هذه هي فائدة الرهن ، ولو لم يختص المرتهن بالرهن لكان وجود الرهن كعدمه ، والاختصاص مقيد بما إذا لم يكن هناك أحق منه ، كما إذا اكترى أرضاً ورهن زرعها ثم انهارت بئرها وأصلحها أجنبي وأحيى الزرع ؛ فإنه أحق من المرتهن كما سيأتي .

---

(١) « المدونة » (٤/١٦٢) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/٥٧) .

(٣) « المدونة » (٤/١٦٢) .

وَلا يَسْتَقِلُّ الْمُرْتَهِنُ بِالْبَيْعِ إِلا بِإِذْنٍ بَعْدَ الأَجَلِ

يـعـنـي : أن اختصـاص المرتهن بالرهن لا يوجب له التصرف فيه ، ولا بيـعه بعد أجل الدين إلا أن يأذن له في ذلك بعد أجل الدين .

ابن راشـد : ولا خلاف في ذلك ، وإنما لم يكن للمـرتهن البيع ؛ لأن الأصل ألا يباع ملك الإنسان إلا بعد سبب يوجب بيعه .

وقوله : **(وَلا يَسْتَـقِلُّ)** أي : لا ينفرد ، بل يرفع إلى الحكام ليطالب الراهن أو يكلفه البيع ، فإن امتنع باع عليه .

واعتـرض قول المصنف : **(إِلا بِإِذْنٍ بَعْـدَ الأَجَلِ)** لأنه لو أذن بعد عقـد الرهن وقبل الأجل جاز له بذلك البيع كبعـد الأجلٍ ، قاله صاحب « البيان »[١] وابن زرقـون ، ولكن نقل المتيطي عن بعض الموثقين منعه ، لأنه هدية المديان .

وَلا يَضُرُّ اتِّحَادُ الْقَابِضِ والْمُقْبِضِ

لما ذكر أنه يجـوز أن يبيـعه المرتهن بالإذن بعد الأجل ، ذكـر هذا كالجـواب عن سؤال مقدر؛ كـأن قائلاً قال : كيف يصح أن يـوكل مع كونه يبقى قابضـاً مقبضـاً ؟ فأجاب بأن ذلك لا يمنع الصحة ؛ لأنـه قابضٌ باعتبارٍ مـقبضٌ باعتبارٍ ، فكان ذلـك بمنزلة شخصين ، لأن الراهن لما وكله على البيع كان وكيلاً على قبض الثمن ثم يقبضه لنفسه ، فكونه مقبضاً عن الراهن سابق على كونه قابضاً لنفسه ، إلا أن قبضه للراهن حسيٌّ وقبضه لنفسه حكمي بنية خاصة .

ابن عبد السلام : وهل هذه السبقية خاصة بالزمان أو بالعلة ؟ فيه نظر .

وعلى الأول يجب بسقوط الثمن عن المرتهن إذا شهدت البـينة بهلاكه إثر قبضه بخلاف الثاني ، ولم أرها لهم .

فَإِنْ أَذِنَ قَبْلَهُ فَبَـاعَ رُدَّ مَا لَمْ يَفُتْ ، وقِيلَ : يَمْضِي ، وقِيلَ : فِي التَّافِـهِ ، وَقِيلَ : إِنْ عَسُرَ الْوُصُولُ إِلَى الْحَاكِمِ ....

قوله : **(قَبْلَهُ)** يريد : قبل عقد الرهن ، وأما بعده وقبل الأجل فهو ماض لبعد الأجل، وحكاية المصنف الخلاف في الإمضاء يدل على منع الوكالة ابتداء .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١١/١٨) .

وقد اختلف في جوازها في عقد الرهن بعد الوقوع على ثلاثة أقوال :

الجواز وهو قول القاضي إسماعيل ، وابن القصار ، وعبد الوهاب[١] ، والمنع هو قول ابن نافع ، وأشهب وغيرهما .

والكراهة لابن زرقون ، وهو قوله في « المدونة »[٢] وغيرها ، ولم يصرح بالكراهة في « المدونة » لكن فهم من إمضاء البيع بمجرد العقد ، وكذلك فهم اللخمي .

ورده المازري لجواز أن يكون إنما أمضاه بالعقد مراعاة لخلاف أبي حنيفة ، فإنه يجيز ذلك ، وقد وقع في البيوع ما يمنع ابتداء ، فإذا وقع مضى .

ومنشأ الخلاف : هل يقال : إن عدم بيع الرهن إنما هو من حق الراهن ، فإذا أذن في البيع جاز ، أو يقال : الوكالة على البيع إذا كانت للمرتهن تشتمل على معنيين متضادين ؛ لأن الراهن يحرص على الاستقصاء في بيع الرهن والمطاولة في الاجتهاد فيه والنداء عليه ، والمرتهن يحرص على ضد ذلك من سرعة بيعه ليأخذ حقه ، فلما اشتملت على متضادين بطلت من أصلها ، ومن كره توسط بين الدليلين .

تفريع:

لا إشكال على الجواز في إمضاء بيعه ، وأما على الكراهة والتحريم ؛ فقال ابن زرقون: أما ما لا بال له أو ما يخشى فساده ؛ فيمضي بيعه بالاتفاق ، وكذلك حكى المازري وابن يونس الاتفاق على الإمضاء فيما لا بال له ، وهو يخالف ما حكاه المصنف ، لأنه عمم الخلاف ؛ لأنه لما ذكر القول الثالث بالتفصيل بين التافه وغيره علم أن غيره من الأقوال مطلقاً ، ولم يجعل ابن يونس الإمضاء فيما يخشى فساده متفقاً عليه ، وتبع المصنف ابن شاس[٣]، فإنه حكى الأربعة الأقوال التي ذكرها المصنف، وتصورها من كلام المصنف بيِّن .

وحكى جماعة فيما له بال ثلاثة أقوال :

الأول : مذهب «المدونة» الإمضاء ، وهو مذهب مالك في «العتبية» ، وبه قال أصبغ .

قال مالك في « العتبية »[٤] : وسواء فات أو لم يفت ، لأنه بيع بإذن ربه .

---

(١) « التلقين » (٣/ ٤١٨) .

(٢) « المدونة » (٤/ ١٣٨) .

(٣) « الجواهر » (٢/ ٥٩٦) .

(٤) « البيان والتحصيل » (١١/ ١٥) .

الثاني : لمالك أيضا في « العتبية »[١] : أنه يمضي ما لم يفت ، هكذا حكى ابن زرقون هذا القول ، وتأوله صاحب « البيان »[٢] على أنه يمضي في العروض ويرد في الأصول إلا أن يفوت ، واستبعد ابن زرقـون هذا الفهم ، قالا : والمراد بقوله : إلا أن يفوت ، أي : بما يفوت به البيع الفاسد .

الثالث : أنه يرد مطلقاً ، وإن فات عند المشتري لزم المرتهن الأكثر من القيمة أو ما باعه به ، وهو مذهب « الموَّازيَّة » .

وحكى في « البيان »[٣] عن أشهب رابعاً : بالإمضاء في العروض والرد في الأصول ، فات أو لم يفت .

قال في « البـيان »[٤] : وكل من قال بالإمضاء فإنما قـال بذلك إذا أصاب وجه البيع ، وأما إذا باع بأقل من القيمة فله أخذه مـن المشتري ، وإن تداولته الأملاك فله أن يأخذه بأي الأثمان شاء كالشفيع .

وهذا الخلاف كـله مقيـد بألا يفوض إليـه في بيع الرهن ، وأمـا لو فوض لمضى بيـعه اتفاقاً، قاله المتيطي ، وإن جعل الراهن للمرتهن بيع الرهن دون مؤامرة الحاكم ، وأنه أحله في ذلك محل نفسه ومحل الوكيل المفوض ، وأنه ليس له عزله ؛ أن له البيع بذلك ، قاله في «الوثائق المجمـوعة» بعشـرة شروط : خمـسة تلقى من إقـرار الراهن ، وهي : إقراره بالدين، وبالوكـالة ، والتفويـض ، وأنه مصدق في الثـمن ، وفي الاقتـضاء بغـير يمين ، وخمسـة تثبت بالبينة : ملك الراهن ، واستمـرار ملكه إلى حين القبض ، وحوزه من يده بالقبض ، والصلاح ، والسداد في الثمن .

وقال ابن راشد : اختلف هل عليه إثبات ملك الراهن للرهن على قولين .

وقوله : (**وَقِيلَ : إِنْ عَسُرَ الْوُصُولُ إِلَى الْحَاكِمِ**) هذا لأشهب ، ونصـه على ما نقله جمـاعة ، وأما ببلد لا سلطان فـيه أو فيـه سلطان يعسر تناوله فـبيعـه جائز إذا كان بيـعه صحيحاً .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١١/١٥) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/١٥) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١١/١٧) .

(٤) « البيان والتحصيل » (١١/١٨) .

أشهب : وإن كان الرهن مما يسرع إليه الفساد مقتاتاً أو تمراً أو قصباً باعه من غير أمر السلطان ؛ لأن حبسها فساد .

وجعله المصنف خلافاً ، والذي يؤخذ من كلام اللخمي والمازري وغيرهما : أنه وفاق ، وأنه إذا أعسر الوصول إلى الحاكم باع بحضرة العدول ، ونص المازري على أن إحضار العدول من باب الأولى ، ونص في « البيان »(١) على أن قول أشهب تفسير .

نعم نقل عن غيره أنه خلاف ، وعليه يأتي كلام المصنف ونصه : وقال أشهب : إذا كان الرهن مقتاتاً أو تمراً أو قصباً يُجْنَى شيئاً بعد شيء فيخشى عليه الفساد فبيع المرتهن له جائز دون مؤامرة سلطان ولا ملأ ولا جماعة .

وقوله : **(عِنْدِي)** مفسر ، وحمله بعضهم على أنه خلاف مذهب مالك في رواية ابن القاسم عنه في « المدونة » وغيرها .

وَيَسْتَقِلُّ الأَمِينُ فِيهِ إِذَا أَذِنَ لَهُ قَبْلَ الأَجَلِ وَبَعْدَهُ

حاصل كلامه : أن الأمين ليس كالمرتهن ، بل له أن يبيع من غير مؤامرة الحاكم قبل الأجل وبعده ، وعلى هذا فالمساواة بينهما حاصلة إذا كان الإذن بعد الأجل ويختلفان إذا كان الإذن قبله ، وهكذا ذكر ابن شاس(٢) والمازري ، وهذا لبعد التهمة في الأمين .

فإن قلت : مقتضى كلام المازري المساواة ؛ لأنه بعد أن ذكر الجواز في الأمين قال: والخلاف جار في الأمين كما في المرتهن ، وكذلك هو ظاهر كلام اللخمي .

فالجواب : أن كلا منهما محمول على ما إذا وكل المرتهن أن يبيع ما تحت يد الأمين ، وذلك ظاهر من كلامهما .

فرعان :

الأول : إذا وكل وكيلاً على بيع الرهن ، فهل يكون للراهن عزله أم لا ؟

عندنا قولان ، واقتصر ابن الجلاب(٣) على أنه لا يعزله إلا بإذن المرتهن .

قال في « البيان »(٤) : وهو ظاهر المذهب .

(١) « البيان والتحصيل » (١١/١٧) .
(٢) « الجواهر » (٢/٥٩٦) .
(٣) « التفريع » (٢/٢٦٥) .
(٤) « البيان والتحصيل » (١١/١٧) .

وأشار اللخمي إلى أن من يجيز الوكالة ابتداء يمنعه من العزل ، وفيه نظر ، ألا ترى أن القاضي إسماعيل يجيز الوكالة ، وقد اختلف قوله في جواز العزل ، فحكى الباجي[١] والمتيطي وصاحب « البيان »[٢] عنه جواز العزل ، وحكى اللخمي والمازري منعه منه ، والله أعلم .

الثاني : قال في « المدونة »[٣] : إذا أمر السلطان رجلاً ببيع الرهن ليقضي المرتهن حقه، فباعه ثم ضاع الثمن من يده ؛ لم يضمنه المأمور وصدق في ضياعه ، فإن اتهم حلف ، وكان الثمن من الذي له الدين .

قال بعض القرويين : إنما يكون ضياع الثمن من الذي له الدين على قول ابن القاسم إذا ثبت بيع المأمور للرهن ببينة ، وإن لم يثبت بيعه إلا بقوله ؛ فإن الراهن لا يبرأ من الدين ؛ لأن صاحب الدين لم يأتمنه على البيع ، وخالفه غيره وقال : ذلك سواء ، وضمان الرهن من المرتهن .

ابن يونس : وهذا هو الصواب ، وعليه يدل ظاهر الكتاب ، ولأنه جعل السلطان أميناً لهما على بيعه فوجب سقوط ضمانه وقبول قوله ، ولو ضاع الرهن قبل بيعه لكان على قول ابن القاسم من ربه ، وعلى قول ابن الماجشون من الذي له الدين ، وهذا كاختلافهم في مال المفلس الموقوف للغرماء .

مَا لَمْ يَكُنْ فِي الْعَقْدِ شَرْطٌ

لم يثبت هذا في كل النسخ ، وهو راجع إلى قوله : **(وَيَسْتَقِلُّ الأَمِينُ)** أي : ويستقل إلا أن يكون ذلك شرطاً في العقد .

ومراده بذلك ما قاله صاحب « الجواهر »[٤] ، لكن عبارته لا تفي بذلك ، قال : ولو أذن الراهن للعدل وقت الرهن في البيع عند الأجل جاز ، فلو قال الراهن لمن على يده الرهن من مرتهن أو عدل : إن لم آت إلى أجل كذا فأنت مسلط على بيع الرهن ؛ فلا يبيعه إلا بأمر السلطان ، فإن باعه بغير أمره نفذ ، انتهى .

---

(١) « المنتقى » (٧/ ٢٧١) .
(٢) « البيان والتحصيل » (١١/ ١٧) .
(٣) « المدونة » (٤/ ١٣١) .
(٤) « الجواهر » (٢/ ٥٩٧) .

ونحوه في « المدونة »[1] ، ونصها : ومن ارتهن رهناً وجعلاه على يد عدل أو على يد المرتهن إلى أجل كذا واشترطا إن جاء الراهن بحقه إلى ذلك الأجل ، وإلا فلمن على يده الرهن بيعه ، فلا يبيعه إلا بأمر السلطان ، وإن شرط ذلك فإن بيع نفذ بيعه ولم يرد ، وإنما لم يجز البيع هنا للأمين إلا بإذن السلطان ؛ لأنه قيد البيع بإن لم يأتِ ، ومن الجائز أن يكون أتى أو حاضراً معه في البلد ، فلذلك لابد من نظر السلطان بخلاف الأولى ، فإنه قد أذن فيها إذناً مطلقاً .

وَإِذَا امْتَنَعَ الرَّاهِنُ بَاعَ عَلَيْهِ الْحَاكِمُ

وإذا رفع المرتهن الأمر إلى الحاكم أمره بالوفاء ، فإن لم يكن عنده شيء ، قال صاحب « البيان »[2]: إن ألدَّ أو غاب باع الحاكم عليه الرهن بعد أن يثبت المرتهن عنده الدين والرهن، قال في « البيان » : واختلف هل عليه أن يثبت ملك الراهن له على قولين يتخرجان على المذهب ، وذلك عندي إذا أشبه أن يكون له ، وأما إن لم يشبه كرهن الرجل حليًا أو ثوباً لا يشبه لباسه ، وكرهن المرأة سلاحاً فلا يبيعه السلطان إلا بعد إثبات الملك ، وإن لم يكن سلطان باعه بحضرة العدول ونفذ البيع ، هذا في العروض ، وأما العقار يبيعه بحضرة العدول بغير أمر السلطان ؛ فله أن يأخذه من يد المشتري ، وأن يبيع بالقيمة ، انتهى.

ونحوه في « المتيطية » ، وظاهر ما تقدم من كلام اللخمي والمازري : أنه إذا لم يكن سلطان وعسر إطلاعه ؛ أن يمضي البيع بحضرة العدول في العقار وغيره ، وهكذا قال ابن راشد : إن اللخمي لم يفرق بين عقار وغيره .

فرعان :

الأول : قال ابن عبدوس : إذا أمر الإمام ببيع الرهن فاليسير يباع في مجلس وفي الكثير الأيام ، وما كان أكثر منه ففي أكثر من ذلك ، وأما الجارية الفارهة والدار والثوب الرفيع فيبقى ذلك حتى يشتهر ، وربما نؤدي على السلعة الشهرين والثلاثة ، وكل شيء بقدره .

الثاني : إذا أمر الإمام ببيع الرهن فبيع بغير العين ،فقال ابن القاسم في [«الموازية»][3] :

---

(١) « المدونة » (٤/١٣٨) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/١٦) .

(٣) في ط : المدونة .

لا يجوز ذلك ، وقال أشهب : إن باعه بمثل ما عليه وإن لم يكن فيه فضل جاز ، وإن كان فيه فضل لم يجـز بيع ذلك الفضل ، والمشتري بالخيار فيمـا بقي إن شاء رد الشركة ، وإن باعه بغير ما عليه لم يجز .

وَيَرْجِعُ الْمُرْتَهِنُ بِنَفَقَةِ الرَّهْنِ أَذِنَ أَوْ لَمْ يَأْذَنْ

تصور المسألة ظاهر، ووجهها : أنها لما كانت الغلة للراهن وجب أن تكون النفقة عليه .

المـــازري : واختلف الأشياخ إذا كان الرهن عـبداً وأبق وطلبه من عادته طلب الإباق ، هل يأخذ الجعل من الراهن وهو الأصل ، أو من المرتهن لأن المنفـعة إنما هي عائدة عليه ؟ على قولين ، والأول قول سحنون .

وكذلك اختلف في الجعل على البيع إذا كـان الراهن غائباً ؛ فروى أبو زيد وعيسى عن ابن القاسم : أنه على المرتهن لأنه طالب البيع ، وقـال أصبغ وعيسى : بل على الراهن ، وخالفا ما رواه أشهب ، وليس للراهن أن يمنع المرتهن أن ينفق على الرهن ؛ لأنه يهلك إن كان حيواناً ويخرب إن كان رباعاً .

وقوله : (**أَذِنَ أَوْ لَمْ يَأْذَنْ**) يريد لأنه قام عنده بواجب .

واعلم أن النفقـة تتعلق بذمة الـراهن إذا أذن باتفاق ، واختلف إذا لم يأذن ؛ فـقال ابن القاسم : وهو كما لو أذن .

وقال أشهب : إنما تتعلق بعين الرهن قيـاساً على من أنفق على ضالة فإن الإنفاق يكون في عينها وتباع فيه ، وإن قصر ثمنها عن الإنفاق لم يتبع صاحبها بالزائد .

وفرق ابن القـاسم بينهما بأن الرهن لما دفعـه صاحبه للمـرتهن وقد علم أنه لابد له من نفقة صار كالإذن .

واختلف في قول ابن القاسم إذا كان الراهن غـائباً هل يتبع بالنفقة ولو زادت على ثمن الرهن أو لا ؟ لأن النظر في حق الغائب بيع الرهن ، وكـان الراهن إنما أذن في الإنفاق ما لم يجاوز قيـمته ، فللأشياخ قـولان حكاهما المازري ، وحكى ابن يونس الأول عن بعض القرويين ، وقال : القـياس عندي ألا يتبع بالزائد ؛ لأنه لم يأذن في النفقة ، ومن حـجته أن يقول : كان ينبغي لك إذا بلغت النفقة مقدار ثمنه أن ترفـعه إلى الإمام فيبيعه ولا تخلد في ذمتي ديناً لم آذن لك فيه .

وَلا يَكُونُ رَهْناً بِهِ خِلافاً لأَشْهَبَ

أي : ولا يكون الرهن رهناً بالنفقة خلافاً لأشهب .

وأطلق المصنف في خلاف أشهب ، وهو مقيد بما إذا لم يأذن ، وقاسها أشهب على الضالة ، فإن الضالة رهن بما أنفقه عليها ، وفرق ابن القاسم في « المدونة »[1] و«المجموعة» بينهما : بأن الضالة لا تباع على صاحبها ، ولابد من النفقة عليها ، والرهن ليست نفقته على المرتهن ، ولو شاء طالبه بنفقته ، وإن غاب رفع ذلك إلى الإمام .

ابن يونس : بناء على هذا فإن قال له الإمام : أنفق على أن نفقتك فيه ؛ كأن أحق به من الغرماء حتى يستوفي نفقته ودينه .

واختلف الشيوخ إذا قال له الإمام : أنفق على أن نفقتك في الرهن ، ويتبين لك ذلك بذكر لفظ «المدونة» أولاً ، ولفظها : وإذا أنفق المرتهن على الرهن بأمر ربه أو بغير أمره رجع بما أنفق على الراهن .

ابن القاسم : ولا يكون ما أنفق في الرهن إذا أنفق بأمر ربه ، لأن ذلك سلف إلا أن يقول له : أنفق على أن نفقتك في الرهن ، فإن قال ذلك رأيتها في الرهن وله حبسه بما أنفق وبما رهنه به ، إلا أن تقوم الغرماء على الراهن ، ولا يكون المرتهن أحق منهم بفضلة الرهن عن دينه لأجل نفقته - أذن في ذلك أو لم يأذن - إلا أن يقول : أنفق والرهن بما أنفقت رهناً .

قال ابن شبلون : الحكم على ظاهر « المدونة » في تقسيمه على ثلاثة أقسام .

قال غيره : لا فرق بين قوله : أنفق على أن نفقتك في الرهن ، وبين أن يقول : والرهن بما أنفقت رهناً ، ولا يكون للمسألة عند هؤلاء إلا قسمان .

المازري : وحمل هؤلاء « المدونة » على أن فيها تقديماً وتأخيراً ، قال : وظاهر الكتاب التفرقة كما قال ابن شبلون .

وبالتسوية قال ابن يونس ، ونقله عن القرويين ، واحتج ابن يونس بأن المسألة وقعت في «المجموعة» و«الموَّازيَّة» كذلك ، ولفظها في الكتابين ، قال ابن القاسم : وإذا أنفق المرتهن على الرهن بأمر ربه أو بغير أمره فهو سلف ، ولا يكون في الرهن إلا أن يشترط

---

(١) « المدونة » (١٤٦/٤) .

بالنفقة الآن فـله حبسها بما أنفق وبدينـه ، إلا أن يكون على الراهن دين فلا يكون أولى بما يفضل عن دينه ، إلا أن يشترط أن ذلك في النفقة .

ابن عبد السلام : وليس في هذا دليل عن ابن شبلون ، ولا يبعد تأويله ، وحمله على ما في « المدونة » .

فَإِنْ كَانَ شَجَراً وَشِبْهَهُ فَانْهَارَتِ الْبِئْرُ وَخِيفَ التَّلَفُ فَفِي إِجْبَارِهِ قَوْلانِ

أي : فإن كان الرهن شجـراً وشبهه ؛ أي : زرعاً فانهارت البئـر وخيف على الشجر أو الزرع التلف بقلة الماء ؛ ففي إجبار الراهن على إصلاح البئر وعدم إجباره قولان ، والقول بالجبر هو المنصوص لابن القاسم في « المختصر » و « الموَّازيَّة » [و«العتبية»(1)](2) إن كـان له مال ، وإن لم يكن له مـال نظر ، فإن كان بيع بعض الأصل خيـراً له نظر ما يصلح به البئر، وإن تطوع المرتهن بالنفـقة في إصلاحها ، فإن رأى أن ذلك خـير لرب الرهن ، قيل للمرتَهَن : أنفق وتكون أولى بالنخل حتى تأخذ ما أنفـقت ، ولا ينظر إلى قيمة النفقة ولا قيمة ما وضع مـن حجر وغيره ، ولكن يحسب له ما أنفق كالسلف ، والقـول بعدم الجبر تأول على « المدونة » (3)؛ لأن فيها : إذا أبى الراهن من إصلاحها فأصلحها المرتهن خوف هلاك النخل والزرع ؛ فلا رجـوع له بما أنفق على الراهن ، ولكن يكون له ذلك في الزرع وفي رقاب النخل يبدأ فيه بنفقته ، فما فضل كان في دينه .

فقوله : « أبى من إصلاحها » يقتضي أنه لا يجبر ، وقد يقال : لا نسلم أن هذا يؤخذ منه عدم الجبر ؛ لجواز أن يحمل « المدونة » على ما إذا تعذر الرفع إلى الإمام أو نحو ذلك

على أن ابن يونس جـمع بين القـولين فحـمل الأول على أن الرهن في عـقد البـيع أو القرض ، وما في « المدونة » على أنه تطوع به .

ابن عـبد السـلام : ولم يعدوا نفقـة المرتهن هنا سلفاً جر منفعـة ، ولعل ذلك لشدة ما يلحقه من الضرر في تركه بهلاك الرهن إذا ترك النفقة .

وَإِذَا لَمْ يُجْبَرْ فَأَنْفَقَ الْمُرْتَهِنُ فَفِي الشَّجَرِ وَشِبْهِهِ يَبْدَأُ بِنَفَقَتِهِ وَيَتْبَعُهُ بِدَيْنِه أَوْ بِمَا بَقِيَ ....

يعني : إذا لم يجبر الراهن على النفقة فأنفق المرتهن ، ولو أسقط قوله : (**فَفِي الشَّجَرِ**)

---

(1) سقط في ط.

(2) « البيان والتحصيل » (١١/٩٩)

(3) « المدونة » (٤/١٦٣) .

لكان أحسن ؛ لأن ذلك مفهوم مما سبق ؛ لأن قوله : (فَفِي الشَّجَرِ) يفهم أن الزرع ليس كذلك ، وقد قدمنا عن « المدونة » التسوية بينهما .

ومعنى ما قاله أن ما أنفقه يكون في الثمرة ، فإن ساوت الثمرة النفقة أخذها المرتهن ، وإن لم تساو لم يتبع الراهن بفاضل النفقة .

وقوله : (وَيَتْبَعُهُ بِدَيْنِهِ أَوْ بِمَا بَقِيَ) أي : ويتبع المرتهن الراهن بدينه إن لم تساو الثمرة إلا قدر النفقة أو أقل ، ويتبعه بالباقي من الدين إن زاد ثمن الثمرة على مقدار النفقة بما لم يوف الدين ، أما إن زاد بمقدار الدين ؛ فإنه يأخذ ذلك ولا كلام له .

الضَّمَانُ إِنْ كَانَ مِمَّا لا يُغَابُ عَلَيْهِ ؛ كَالْحَيَوَانِ ، والْعَقَارِ ؛ فَمِنَ الرَّاهِنِ مَا لَمْ يَتَبَيَّنْ كَذِبُهُ كَدَعْوَاهُ مَوْتَ الدَّابَّةِ بِبَلَدٍ وَلَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ أَحَدٌ ....

هذه إحدى المسائل التي فرق أصحابنا فيها بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه ، وقد تقدمت .

وقوله : (كَالْحَيَوَانِ) أي : على اختلاف أنواعه ، مأكولاً أو غيره ، طائراً أو غيره ، آدمياً أو غيره ، وهذا هو المنصوص .

وأخذ مما رواه أبو الفرج عن ابن القاسم فيمن ارتهن نصف عبد وقبضه كله : أنه لا يضمن إلا نفقة ضمان ما لا يغاب عليه .

اللخمي : وأرى أن يضمن كل ما يستخف ذبحه وأكله .

وحكى ابن بزيزة فيه ثلاثة أقوال ، ثالثها : إن كان مما يسرع إليه الأكل كالغنم ضمن ، وإلا فلا .

وقوله : (والْعَقَارِ) أي : الأرض وما يتصل بها من بناء وشجر .

وقوله : (مَا لَمْ يَتَبَيَّنْ... إلخ) ، هو جارٍ مجرى الاستثناء ؛ أي : لا ضمان على المرتهن فيما لا يغاب عليه ، إلا أن يتبين كذبه ، ثم بين ما يتبين به الكذب بقوله : (كَدَعْوَاهُ مَوْتَ الدَّابَّةِ بِبَلَدٍ وَلَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ أَحَدٌ) وكذلك أيضاً إذا كان في رفقة .

المازري : وإذا كان بموضع عمارة أو جماعة سئلوا ببلد فإن صدقوه تأكد عليه الظن بصدقهم عدولاً أو غيرهم ، وإن كذبوه وكانوا عدولاً غلب على الظن كذبه فلم يصدق ، وإن كانوا غير عدول لم ينتقل الحكم عن تصديقهم إلى تكذيبه بقوم ليسوا بعدول لتطرق

التهمة إليـهم بأنهم كتموا ما علموه من موت الدابة لما طلبـت منهم الشهادة ، ويكتفي في خبر الحـضور وتصديقهم بأنـهم رأوا دابة ميتة ، وإن لم يعلمـوا أنها الدابةُ الرهنُ ، هكذا وقع في « المجموعـة » ، وهذا صحيح إذا كانت هذه الشهادة عـلى صفة يغلب على الظن أن الدابة ليست هي عين الدابة التي بيد المرتهن ، أو يكون الأمر مشكلاً فيستصحب الحكم في أن ما لا يغاب عليه لا يضمن ، انتهى .

وما ذكره من عدم ضمانه إذا كذبه جماعة وكانوا غير عدول ، نص عليه أشهب فيما إذا ادعى إباق العبد بحضرة جماعة وكذبوه .

الباجي(١) : يريد لأنه لم يثبت كذبه .

وما نقله المازري عن «المجموعة» نحـوه في الباجي ، وزاد أنه يحلف أنها هي ، وكلام المازري صحيح في أنه يقبل في تصديقه غير العدول .

وقول ابن عـبد السلام : «ظاهر كـلامهم ، بل هو نص أنه لا يقـبل إلا العدول» ليس بظاهر .

تنبيه :

ألحق اللخمي بما لا يغاب عليه ما دخل المرتهن والراهن على بقائه بموضعه ؛ كالثمار في رؤوس النخل ، والزرع القائـم ، وما في الجرين والأندر ، وكـالسفن على ساحل البـحر وآلتها إذا دخـل على بقائها بالساحل ، وكـالأعدال إذا خُلِّيَ في قاعة الفندق ، وكـالطعام والزيت المخزن في دار الراهن مطبوعاً عليه ومفتـاحه بيد المرتهن ، وإن كان مختزناً في دار غيره أو في بيت الفندق لم يضمنه ، فإن علم أنه كـان يتكرر له ويفتحه ، وأشبه أن يكون أخذ ذلك في تكرره منه ضمنه ، أما إن كان في حوز المرتهن لم يصدق في ضياعه .

وَإِنْ كَانَ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ ؛ كَالْحُلِيِّ وَالثِّيَابِ عِنْدَ مُرْتَهِنٍ فَكَالأَوَّلِ ، وَبِيَدِهِ يَضْمَنُ

(**فَكَالأَوَّلِ**) أي : فالضمان من الراهن ، وبيد المرتهن يضمن ، ودليلنا على هذه التفرقة في ضـمان مـا يغاب عليـه دون غيـره : العمل الذي لا اخـتلاف فـيه ، نقله مـالك في «الموطـأ»(٢)، ولأن الرهن لم يؤخذ لمنفعة ربه فقط فـيكون ضمانه من ربه كالوديعة ، ولم

(١) « المنتقى » (٧/ ٢٤٩) .

(٢) « الموطأ » (٢/ ٧٣٠) .

يكن لمنفعة الآخذ فقط كالقرض فيكون من الآخذ ، بل أخذ شبهاً منهما فتوسط وجعل ضمان ما لا يغاب عليه من الراهن لعدم تهمة المرتهن ، وضمان ما يغاب عليه من المرتهن لتهمته على ذلك .

فَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ ؛ فَفِي نَفْيِ الضَّمَانِ رِوَايَتَانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وأَشْهَبَ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الضَّمَانَ لِلتُّهْمَةِ ، أَوْ لِدُخُولِهِ عَلَيْهِ ...

أي : فإن أقام المرتهن البينة على هلاك ما بيده مما يغاب عليه ، فروى ابن القاسم : أنه يسقط عنه الضمان ، وبه قال ابن القاسم وأصبغ وعبد الملك ؛ بناء على أن الضمان إنما كان للتهمة وقد زالت بقيام البينة .

وروى أشهب : أنه لا يسقط عنه الضمان ، وبما قال أشهب قال جماعة ، لأن الضمان على هذا القول ضمان أصالة ، لأن هذا القسم مقابل لما لا يغاب عليه ، وحكم أحد المتقابلين ثابت بالأصالة فيكون مقابله كذلك .

وقال المصنف تبعاً لابن شاس[1] : (**لِدُخُولِهِ عَلَيْهِ**) والعلة الأولى أحسن ؛ لأن المرتهن هنا لا يكون عنده علم بحكم المسألة ، أو يذهب فيها إلى قول ابن القاسم ، فلا يقال : إنه دخل على الضمان .

فروع :

الأول : إذا قلنا بعدم الضمان فيما لا يغاب عليه ، فهل تتوجه اليمين على المرتهن أنه لم يفرط متهماً كان أو غيره ، أو لا تتوجه ، أو تتوجه على المتهم دون غيره ؟ ثلاثة أقوال، وروى صاحب « النكت » : أنها تتوجه هنا ، وفي العارية ، والمبيع بالخيار ، والمستأجر.

وإن قلنا : إن الأمر عند ابن القاسم ألا تتوجه في غير هذا الموضع ؛ لأن المرتهن ونحوه قبض لحق نفسه .

وأجاب عما قاله المتقدمون : أنه لا يمين على عامل القراض يدعي التلف ، إلا أن يكون متهماً مع أنه قبض لمنفعة نفسه بأن منفعة القراض ليست متيقنة ؛ إذ قد لا يربح فيه .

قيل : ويحلف غير المتهم : ما فرطت ولا ضيعت ، ويزيد المتهم : ولقد ضاع .

---

(١) « الجواهر » (٢/٥٩٩) .

الثاني : إذا وجب ضمان ما يغاب عليه ، فقال جماعة من متقدمي الأشياخ ، وهو في « العتبية » [(١)]، وعليه حمل بعضهم « المدونة » ، وبه أفتى إسحاق بن إبراهيم : يحلف لقد ضاع بلا دلسة دلستها فيه ، ولا يعلم له موضعاً ، ووجه يمينه مع ضمانه : تهمته على الرغبة في عينه .

وقال العتبي : لا يمين عليه ، قال : وكيف يحلف ويضمن ، ونحوه لمالك في هذا الأصل .

قال العتبي : إلا أن يقول الراهن : أخبرني مخبر صدق على كذبه ، وأنه رأى الرهن عنده قائماً ؛ فيحلف على ذلك حينئذ .

وإلى هذا ذهب ابن لبابة الأكبر ، واعترضه بعضهم وقال : يمين توجب يميناً ، وأجيب بأن اليمين قد توجب اليمين، وذلك في كتاب الله عز وجل في اللعان .

الثالث : إذا أتى بالثوب وقد احترق بعضه وادعى أنه احترق لم يصدق ، إلا أن يُعْلَم سبب ذلك من احتراق منزله أو حانوته .

زاد ابن المواز : ويشترط أن يعلم أن النار من غير سببه ، واختلف هل قول محمد تفسير للمذهب أو خلاف .

الباجي[(٢)] : وإذا ثبت الاحتراق ؛ فإن ثبت أن ذلك الثوب فيما احترق صدق ، أتى ببعضه محروقاً أم لا ، وإن لم يثبت ذلك ؛ فإن أتى ببعضه محروقاً صدق أنه كان في حانوته الذي احترق ، وإن لم يأت بشيء وادعى احتراق جميعه ؛ فظاهر « المدونة » أنه غير مصدق .

وقال الباجي[(٣)] : وعندي أنه إن كان مما جرت العادة برفعه في الحوانيت حتى يكون متعدياً بنقله عنه ، كأهل الحوانيت والتجار الذين تلك عادتهم لا يكادون ينقلون شيئاً من ذلك من حوانيتهم ؛ فأرى أن يصدق فيما عرف من احتراق حانوته ، وبذلك أفتيت في طرطوشة عند احتراق أسواقها وكثرت الخصومات في ذلك ، وظني أن بعض الطلبة أظهر لي رواية عن ابن أيمن بمثل ذلك .

(١) « البيان والتحصيل » (١١/ ٨٦) .
(٢) « المنتقى » (٧/ ٢٥١) .
(٣) « المنتقى » (٧/ ٢٥٢) .

وذكر المازري أنه نزل عندهم سنة ثمانين وأربعمائة لما فتح الروم رومة والمهدية ونهبوا الأموال وكثرت الخصومات مع المرتهنين والصناع وفي البلد مشايخ من أهل العلم متوافرون؛ فأفتى جميعهم بتكليف المرتهن والصانع البينة أن ما عنده قد أخذه الروم وأفتيت بتصديقهم ، قال : وكان القاضي يعتمد حينئذٍ فتواي فتوقفت لكثرة من خالفني حتى شهد عنده عدلان أن شيخ الجماعة السيوري أفتى بما أفتيت به ، ثم قدم علينا كتاب « المنتقى » للباجي فذكر فيه في الاحتراق مثل ما أفتيت به ، وذكر كلام الباجي المتقدم .

الرابع : ولو سقط الدين إما بهبة الدين أو إعطاء الحق ؛ فالضمان مستصحب إلا أن يمكن المرتهن الراهنَ من الرهن ويتركه عنده ، فحينئذ هو كالوديعة .

وقد بعدنا عن كلام المؤلف فلنرجع إليه .

وَعَلَيْهِمَا لَوْ شَرَطَ أَلاَّ يَضْمَنَ وَلَمْ تَقُمِ الْبَيِّنَةُ انْعَكَسَ الْقَوْلاَنِ

أي : وعلى قول ابن القاسم وأشهب لو شرط المرتهن ألا يضمن ما يغاب عليه انعكس القولان ؛ يعني : في الصورة الظاهرة ، وإلا فكل من الإمامين باق على أصله ، ومعنى العكس ثبوت الضمان عند ابن القاسم ؛ لأن التهمة المقتضية للضمان حاصلة ، وعند أشهب لا يضمن لأنه لم يدخل عليه .

فإن قلت : ولعل المصنف وابن شاس إنما عللا قول أشهب بالدخول على الضمان لهذا الفرع ؛ إذ لا يتأتى فيه ما عللوا به من الأصالة ؟

قيل : وكل منهما نقض أصله ، أما ابن القاسم فلأن الضمان عنده إنما هو للتهمة ، فمن حق المرتهن أن يقول : لم يبطل حقي حكما شرطيا وأنت قد أسقطت حقك الذي هو الضمان .

وأما أشهب فالضمان عنده ضمان أصالة ، فكان ينبغي له ألا يوفى له بشرطه ، لأنه مبطل بحكم شرعي .

وقد اختلف المذهب في البائع بثمن إلى أجلٍ يَشترطُ في عقدِ البيع أنه مُصَدَّقٌ في عدمِ قبضِ الثَّمن هل يُوَفَّى له أم لا ؟ أو يوفى للمتورعين عن الأيمان دون غيرهم ؟ على ثلاثة أقوال ، وعلى أنه يوفى له ، فهل يجوز مثله في الغرر ؟ قال بعضهم : لا ؛ لأنه سلف جر منفعة ، والصحيح الجواز ؛ لأنه شرط ينشأ عن التوثق ، فكان كالرهن والحميل .

المازري : وقول ابن القاسم وأشهب يحسن إذا كان الرهن في عقد بيع أو سلف ؛ لأن الرهن هناك يكون له حصة من الثمن في البيع وهاهنا في السلف ، وأما لو كان هذا الاشتراط في رهن تطوع به الراهن بعد عقد البيع أو السلف من غير شرط ؛ فإنه هاهنا لا يحسن الخلاف ، لأن التطوع هنا بالرهن كالهبة ، فإذا أضاف إلى هذا التطوع إسقاط الضمان فهو إحسان على إحسان ، فلا وجه للمنع فيه .

ويؤيد هذا : أن ابن القاسم وأشهب اتفقا على أنه يوفى له بالشرط في العارية ، وما ذلك إلا لأن العارية لا عوض فيها ، وإنما هي هبة ومعروف ، انتهى ، ونحوه للخمي .

فرع : وأما عكس هذا ، وهو اشتراط الضمان فيما لا يغاب عليه ؛ ففي « المدونة »[1] و «الموَّازيَّة» : لا يلزمه وضمانه من ربه .

وقال أشهب : إن اشترط ذلك لخوف طريق ونحوه فهلكت الدابة بسبب ذلك التخوف فإنه ضامن .

اللخمي : ويجري فيها قول آخر أنه ضامن ؛ لأن الحيوان مختلف في ضمانه ، فيوفى له بالشرط ؛ لأن المؤمنين عند شروطهم ، ومراعاة لقول أبي حنيفة : إن الضمان من المرتهن مطلقاً .

وعلى المشهور : فلا كراء عليه على حكم العارية ، وعن أشهب : أنه كراء فاسد وعليه أجرة المثل في ركوبه ، وإن عثر عليه قبل استعمالها ردَّ ، نص عليه اللخمي في العارية ، وحمل ابن رشد[2] قول أشهب على التفسير الأول .

فَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ نِصْفَهُ وَقَبَضَ الْجَمِيعَ لَمْ يَضْمَنْ إلا نِصْفَهُ كَمُعْطِيكَ دِينَاراً لِتَسْتَوْفِيَ مِنْهُ نِصْفَهُ دَيْناً ، وَكَذَلِكَ لَو تَرَكَ الْمُسْتَحِقُّ الْحِصَّةَ الْمُسْتَحَقَّةَ بِيَدِه ...

فإن كان الرهن نصف ما يغاب عليه كثوب مثلاً رهن نصفه ، فإنه إن ضاع لا يضمن إلا نصفه ؛ لأن الرهن إنما هو النصف والنصف الآخر إنما هو فيه أمين ، ونظره بمسألتين :

الأولى : إذا أعطاه ديناراً ليستوفي نصفه ؛ فإنه لا ضمان عليه في النصف الزائد ، لأنه إنما قبضه على الأمانة ، ولأنه لما قبضه صار شريكاً لمعطيه فهلاكه عليهما .

---

(١) « المدونة » (٤/ ١٣٣) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٣٣٤) .

قال في « التهذيب »[١] : ولا يمين عليه إلا أن يتهم فيحلف .

الثانية : إذا استحق شخص بعض الرهن الذي يغاب عليه ثم تركه بيد المرتهن وضع ؛ فإنه لا يضمن الحصة المستحقة ، لأنه تحت يده على الأمانة ، لا يقال : لم لا يستصحب الضمان في الحصة المستحقة كما استصحب فيما إذا أعطى المرتهن دينه كما تقدم ، لأنا نقول : المستحق لم يتقدم له على المرتهن ضمان فيستصحب .

فَإِذَا فَاتَ بِجِنَايَةٍ فَأَخَذَ الْقِيمَةَ ، فَإِنْ جَاءَ بِرَهْنٍ مَكَانَهُ أَخَذَهَا ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : إِنْ كَانَتْ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ تَعَجَّلَهَا ، وَإِلا كَانَتْ رَهْناً ....

يعني : إن جنى أجنبى على الرهن وأفاته وأخذت قيمته ، ففي « المدونة »[٢] ما قاله المصنف ، ولفظها : إذا غرم المتعدي القيمة فأحب ما فيه إلي أن يأتي الراهن برهن ثقة مكان ذلك ، ويأخذ القيمة وإلا جعلت القيمة رهناً .

ابن يونس : ويطبع عليها ، وانظر قول مالك : أحب إلي ، فإن ظاهره عدم الجزم بهذا الحكم ، إلا أن يكون المراد أحب بما سمعت .

أبو الحسن : وقوله : « برهن ثقة » معناه : تكون قيمته كهذه القيمة .

وقال ابن المواز : إن كانت القيمة من جنس الدين وصفته تعجلها ؛ إذ لا فائدة في وقفها ولا منفعة في ذلك للراهن ، فإن لم يكن من جنسه بقيت رهناً ، ومراده بجنس حقه أن يوافق في كونه دنانير أو دراهم .

هكذا نص عليه محمد ، ولعل المصنف سكت عنه ، لأن التقويم إنما يكون بعين ، والأول أظهر ؛ لأن حق المرتهن في الرهن الأول قد بطل بتلفه وبقي حقه في مطلق التوثق، فإذا أتى الراهن برهن آخر لم يبق للمرتهن حجة .

وأشار ابن عبد السلام إلى أنه يمكن أن يحمل قول محمد على الوفاق بأن يحمل الأول على ما إذا لم تكن القيمة من جنس الدين .

---

(١) « تهذيب المدونة » (٤/٤٨) .

(٢) « المدونة » (٤/١٣٣) .

وَإِذَا جَنَى الرَّهْنَ وَاعْتَرَفَ الرَّاهِنُ وَحْدَهُ ؛ فَإِنْ كَانَ مُعْدَماً لَمْ يُصَدَّقْ ، وإِنْ كَانَ مَلِيًّا فَإِنْ فَدَاهُ بَقِيَ رَهْناً وَإِلا أَسْلَمَهُ بَعْدَ الأَجَلِ وَدَفَعَ الدَّيْنَ ....

يـعنـي : فإن جنى العبد الرهن جناية على أحد أو استهلك مالاً ، فإن لم تثبت الجناية ببينة ولكن اعترف الراهن بها فقط - أي : أقر بهـا - فإن كان معدماً لـم يلتفت لقوله ؛ لأنه إقرار على المرتهن ، وإن كـان مليا خير الراهن بين أن يفديه أو يسلـمه للجناية ، فإن فـداه بأن دفع أرش الجناية بقي العـبد على حـاله ، وإن أسلمه لم يـدفع للمجني عليـه ، ويبقى تحت يد المرتهن ، لأن وثيقته متقدمة على المجني عليه ، وهكذا في « المدونة »[١] ، وقيده ابن يونس بما إذا لم يقر أنه جنى قبل الرهن ، فـأما إن أقر أنه جنى قبل رهنه ، فإن لم يفده ولم يرض بحمل الجناية وحلف أنه ما رضي أن يتحملـها ؛ فإنه يجبر على إسلامه وتعجيـل الدين ، كمن أعتق وأقر أنه لغـيره إن كان الدين مما له تعجـيله ، ولو كان الدين عروضاً من بيع ولم يرض من هي له أن يتعجلها مـا جاز إقراره على المرتهن ، كما لو كان معسراً والدين مما له تعجـيله ، ويكون المجني عليه مخيراً ، فإن شاء غرمـه قيمته يوم رهنه لأنه متعدٍّ عليه ، وإن شاء صبر عليه حتى يحل الأجل فيباع ويتبعه بثمنه .

وَإِنْ ثَبَتَتْ بِبَيِّنَةٍ أَوِ اعْتِـرَافٍ وَاخْتَارَ إِسْلامَهُ ؛ خُيِّرَ الْمُرْتَهِنُ أَيْضـاً ، فَإِنْ أَسْلَمَهُ كَانَ لِذِي الْجِنَايَةِ بِمَالِهِ وَأُتْبِعَ الرَّاهِنُ ....

فإن كـانت الجناية تثبت ببينة ، وفي مـعناها : أن يعترف الراهن والمرتهن بالجناية فـقد يعلق به ثلاثة حقوق ؛ حق للسيد ، وحق للمرتهن ، وحق للمـجني عليه ، فيخير السيد أولاً - لأنه المالك - بين أن يفـديه أو يسلمه ، فـإن فداه بقي على حالـه ، ولوضوح هذا تركه المصنف .

وإن أسلمه خـير المرتهن أيضاً لتـقدم حقـه على حق المجني عليه ، فـإن أسلمه المرتهن أخذه المجني عليه ملكاً له .

قال في « المدونة »[٢] : ويكون ماله للمجني عليه قل أو كثر .

ابـن يونـس : وليس للمرتهن أن يؤدي من مال العـبد الجناية ، ويبقى رهناً إلا أن يشاء

---

(١) « المدونة » (٤/ ١٦٥) .

(٢) « المدونة » (٤/ ١٦٥) .

سيـده ، زاد صاحب « النكت »(١) : وسواء كان مال العبـد مشترطاً إدخاله في الرهن أم لا؛ لأن المال إذا قبضه أهل الجناية فقد يستحق ، فيتعلق على السيد غرم مثله ، لأن رضاه بدفعـه إليهم كدفعـه ذلك من ماله ، فأما إن أراد الراهن ذلك وأبى المرتهن ، فـإن كان لم يشترط المرتهن إدخال المال في الرهن فلا كلام له ، وإن اشترط إدخاله في الرهن فإن ادعى المرتهن أن يفديه كان ذلك له ، وإن أسلم العبد كان ذلك للراهن .

ولما تكلم المصنف على ما إذا أسلم إلى المرتهن الرهن شرع في الكلام على ما إذا فداه، فقال :

وَإِنْ فَدَاهُ كَانَ الْفِـدَاءُ فِي رَقَبَتِه لا في مَالِه ، يُبَـدَّى عَلَى الدَّيْنِ ولا يُبَاعُ إِلا بَعْدَ الأَجَلِ ، وقَالَ سحْنُونٌ : وَقَبْلَهُ ، ورُوِيَ : أَنَّ الْفِدَاءَ فِي رَقَبَتِه وَمَالِه ...

يعـني : وإن فداه المرتهن ، فالمشهور وهو مـذهب «المدونة» ، واختاره ابن القاسم وابن عبد الحكم : أن الفداء إنما يكون في رقبته دون ماله مبدى على الدين، وروي عن مالك ، وهو اختيار ابن المواز ، وأكثر الأصحاب : أن الفداء يكون في رقبته وماله ، لأنه لو أسلمه كان العبد للمجني عليه بماله ، فإذا افتكَّه المرتهن انبغى أن يكون له ما كان للمجني عليه ، ورأى في المشهور أن المرتهن إنما افتكه ليرده إلى ما كان عليه ، ولولا ذلك لما كان له تطرق إلى العبـد بوجه ، فحينـئذ إنما يرجع العبد إلى مـا كان عليه ، وهو إنما كـان مرهوناً دون ماله، ولهذا لو كان مـال العبد مشترطاً في الرهن لم يختـلف إذا افتكَّه أنه يكون الفداء في رقبته وماله .

وعلى القولين ؛ ففي « المدونة » (٢): لا يباع إلا بعد الأجل ، وقال سحنون : وقبله ، أي : قبل أجل الدين ، وهو مبني على الروايـة التي اختارها ابن المواز : أن المرتهن وجب له ما كان علـيه ، واستحسن اللخـمي قول سحنون ، قال : ولا مـقال للراهن لأنه رضي بإسلامه ، وعلى ما وجـه به المشهور يندفع هذا ، ثم فيما اخـتاره ابن المواز إشكال آخر ، ويتبين لـك ذلك بما نقله اللخمي وابن يونس وغـيرهمـا عنه : أنه إذا أسلمه السـيد خـير المرتهن في ثلاثة أشياء ؛ وهي : إسلامه ، أو فـداؤه بمقدار الجناية أو أكثر ، فإن أسلمه أو فداه بمقدار الجناية فكما تقدم ، وإن فداه بأكثر ولو بدرهم ، فقال محمد : العبد للمرتهن، مالك : ويتبع المرتهن الراهن بدينه إلا بالدراهم ، فإنه يسقط من جملة الدين ، وقوله: إنه

(١) « النكت والفروق » (٢/ ١٩٢) .

(٢) « المدونة » (٤/ ١٦٤) .

يتبعه بدينه إلا بذلك الدرهم ، لا يصح إلا على تقدير أن المرتهن اشتراه من الراهن بما أدى فيه ، وإذا كان عنده مبيعاً فكيف يتبعه ماله .

والقاعدة المأخوذة من الحديث الصحيح : أن العبد لا يتبعه ماله إلا أن يشترطه المشتري .

وفيه إشكال من وجه آخر ، وهو أن هذا الدرهم إذا لم يحل أجله مـقدم ومقارن لعقدة بيع ، فـينبـغي أن يمنع لما في ذلك مـن البيـع والسلف ، إلا أن يقـول : إن هذا لم يكن مقصوداً وإنما الأحكام جرت إليه .

ولما أشرنا إليه في توجيه المشهور قال بعض الموثقين : إن نفقة هذا العبد إلى الأجل على سيده الذي كان ينفق عليه ، لأنه رجع إلى ما كان عليه .

فَإِنْ حَلَّ الأَجَلُ بِيعَ بِـمَاله وبُدِئَ بالْفدَاء ، فَـإِنْ كَانَ مَالُهُ زَادَ نصْـفَ الثَّمَن مَثَـلاً ؛ أَخَذَ الْغُرَمَاءُ نِصفَ مَا بَقِي وَدَخَلَ مَعَهُمْ بِمَا بَقِيَ مِنْ دَيْنه ، قَالَ التُّونُسِيُّ : وهَذَا هُو الْقِيَاسُ ....

هذا تفريع على الرواية التي اختارها محـمد ، مثال ذلك : لو بيع بمائة وكان بدون ماله يساوي خمسين ؛ فماله زاد نصف الثمن .

وقال : (**مَثَـلاً**) لأنه قد يزيد الثلث ونحوه ، فالمائة الحاصلة منها ؛ خمسون للرقبة ، وخمســون للمال ، وعلى هذه الرواية : أن الفداء متعلق برقـبته وماله فيأخـذه ، فإن كان الفداء خمسين أخذها وتبقى خمسون نصـفها لرقبته ونصفها لماله والرهن أولاً إنما يكون في رقبته ، فيأخذ في دينه ما بقي ويأخذ الغرماء الخمسة والعشرين ، فإن بقي له شيء من دينه دخل معهم وأخذ بحساب ماله .

وأما على مذهب « المدونة » : فالفداء إنما هو متعلق برقبته ، فيأخذ الخمسين التي تقابل الرقبـة ، ويأخذ الغـرماء الخـمسين البـاقيـة ، ويدخل معـهم بدينه ، لأنه لم يبق له رهن يختص به ؛ مثاله : ما قيمته خمســون وماله خمسون ، فإن فداه بأربعين فبدأ المرتهن بأخذ الأربعين ثمن الفداء ودخل مع الغرماء في الخمسين ؛ فيأخذ العشرة الثانية في الخمسين في دينه وهو أربعون مثلاً ، فإذا أخذ العشرة بقي له ثلاثون وتقسم الخمسون الباقية للعبد وماله فيكون خمسة وعشرين ، فيأخذها المرتهن أيضـاً وبقي له خمسة يدخل بها مع الغرماء فيما بقي ، لأنه لم يبق له رهن يختص به .

وَأَمَّا لَوْ فَدَاهُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ لَكَانَ سَلَفاً ، فَلا يَكُونُ رَهْناً بِهِ

يعني : وأما إن فدى المرتهن العبد من المجني عليه بإذن الراهن ؛ فالفداء سلف في ذمة السيد وإن زاد على قيمة العبد ، ولا يباع قبل الأجل اتفاقاً .

محمد : ولا يكون رهناً بالفداء ، وعليه اقتصر المصنف ؛ لأن الفداء لما كان سلفاً اقتضى ذلك ألا يكون العبد رهناً به لعدم اشتراطه .

ولهذا قال المصنف : فلا يكون رهناً به ، لأن الفاء تشعر بالسببية .

وقال مالك وابن القاسم : بل هو رهن به ، واختلف فيه قول أشهب .

اللخمي : وأرى أن يحلف ليكون رهناً به ، ونقل ابن يونس عن أشهب أنه لا يكون رهناً ، ثم عارض بين قوله وقول ابن القاسم في هذه المسألة بقولهما في مسألة اللؤلؤ من كتاب الوكالة : إذا أمر رجلاً أن يشتري لؤلؤاً ، وقال له : أنقد عني ، فإن ابن القاسم عده سلفاً ، ولا يرى له إمساك اللؤلؤ بثمنه ، وأشهب يرى له إمساكه رهناً ، قال : فخالف كل منهما أصله .

وَإِذَا قَضَى بَعْضَ الدَّيْنِ أَوْ سَقَطَ بِطَلَاقٍ أَوْ إِبْرَاءٍ بَقِيَ جَمِيعُ الرَّهْنِ فِي الْبَاقِي ، وَكَذَلِكَ لَوِ اسْتُحِقَّ بَعْضُ الرَّهْنِ بَقِيَ الْبَاقِي فِي الْجَمِيعِ ....

كما لو رهنه عشرة أرادب قمحاً مثلاً في مائة درهم ثم قضاه خمسين ، فلا يأخذ الراهن شيئاً من الرهن إلا بعد وفاء جميع الحق ؛ لأن الأسواق تحول على الباقي ، لأن كل جزء من الرهن في مقابله كل جزء من الدين ، وكذلك لو رهنها رهناً في صداقها فطلقها قبل البناء فسقط عنه النصف أو أبرأته من النصف ؛ لم يكن للزوج أن يأخذ شيئاً من الرهن ، ولا فرق بين أن يكون الرهن متحداً كدار أو ثوب ، أو متعدداً كثوبين أو نحو ذلك .

قوله : (**وَكَذَلِكَ لَوِ اسْتُحِقَّ... إلخ**) ، تصوره ظاهر .

فرع :

وأما تعدد الراهن والمرتهن ؛ ففي « المدونة »[1] : وإذا أقرضاه جميعاً واشترطا أن يرهنهما رهناً في صداقها فطلقها قبل البناء ، فلا بأس به ، قيل له : وإن قضى أحدهما

---

(١) « المدونة » (٤/ ١٦٤) .

دينه فهل له أخذ حصته من الرهن ؟ قال : قال مالك في رجلين رهنا داراً لهما في دين فقضى أحدهما حصته من الدين : فله أخذ حصته من الدار .

واستشكل قياس قول ابن القاسم ، لأنه في الثانية إذا قضى أحد الراهنين حصته ، وقلنا: إن له أن يأخذ حصته من المرتهن ؛ لا يقع خلل في حيازة نصيب الراهن الآخر من الراهن الذي لم يقض الحق ، بخلاف الأول ، أعني : إذا اتحد الراهن وتعدد المرتهن ؛ فإنه إذا قبض الراهن حظ المرتهن الذي أوفاه عادت يد الراهن مع المرتهن الذي لم يقضه ، وذلك مبطل لحيازته ، ولهذا الاستشكال اختصر المختصرون المسألتين على السؤال والجواب إشارة إلى الإشكال .

ولهذا قال ابن يونس : يؤخذ من قوله : جواز حوز المرتهن نصف الدار مثلاً والباقي للراهن ، وهو خلاف المعلوم من قوله .

ورده عياض : بأنه لم يقل: إن بقاءه بيد الراهن لا يبطل الرهن ، وإنما تكلم على خروجه من الرهن ليبيعه وينتفع بثمنه .

فرع مرتب :

وهو أنه إذا تعدد المرتهن واتحد الراهن ؛ فإذا قضى أحدهما هل يدخل الآخر عليه فيما قضاه ؟

عياض : تحقيق المسألة أن الدينين إن كانا من شركة من ثمن مبيع بينهما أو من سلف واحد واشتركا فيه وهما جنس واحد ، فمتى قضى أحدهما دخل عليه الآخر إذا كتباه في كتاب واحد ، وكان الرهن لهما في شيء واحد ، وإن لم يكتباه في كتاب واحد .

قال في « المدونة »[1] : كقمح أو دنانير مشتركة بينهما ، وأما إن كتباه في كتابين فكأنهما قد رضيا بالتفاضل ، وأما إن كانا نوعين أو حقين مختلفين كبيع وسلف أو دنانير وطعام ؛ فلكل واحد منها أن يقضى دون صاحبه ؛ كانا بكتاب واحد أو كتابين ، إذ لا شركة بينهما في ذلك كما نص عليه في « المدونة » .

فلو كانا من جنس واحد ونوع واحد من الحقوق ولا شركة في ذلك بينهما كدينارين من سلفين مختلفين منفردين ، فإن كانا في كتابين لم يدخل أحدهما على الآخر ، وكذلك إن

---

(١) « المدونة » (٤/ ١٦٥) .

كانا في كتاب واحد ، قاله أبو العباس الإبياني وغيره ، وهو ظاهر قوله في الكتاب ، وإنما الذي لا يكون لأحدهما الكلام فيما اقتضى صاحبه فيما كتباه في كتاب واحد من مال أصله شركة بينهما .

فَـإِنْ طَلَبَ الْمُسْتَحِقُّ بَيْعَ مَـا لا يَنْقَسِـمُ بِيعَ كَغَيْرِهِ وَكَـانَتْ حِصَّـةُ الرَّاهِنِ رَهْناً ، وفِي رَهْنِيَّتِهَا لا تَعْجِيلِهَا إِنْ كَانَتْ مِنْ جِنْسِ الدَّيْنِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وأَشْهَبَ ....

يعني : إذا استحق بعض الرهن وطلب المستحق بيع نصيبه ، فإن كان مما ينقسم قسم وتركت حصة الراهن رهناً ، ولوضوح هذا لم يتعرض له المصنف ، وإن كان مما لا ينقسم بيع جميعه كغيره من سائر المشتركات التي لا تنقسم ؛ إذا طلب أحد الشريكين البيع فإنه يجبر له الآخر ، ثم إن بيع بمخالف الدين في الجنس أو الصفة بقيت حصة الراهن رهناً ، وإن بيعت بجنسه وصفته ، فقال ابن القاسم : تبقى أيضاً رهناً .

وقال أشهب : بل تعجل للمرتهن ؛ إذ لا فائدة في وقفها ، وقد تضيع ولا ينتفع بها الراهن ولا المرتهن .

وهذا معنى قوله : (**وفِي رَهْنِيَّتِهَا لا تَعْجِيلِهَا قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وأَشْهَبَ**) .

واعلم أن التعجيل على قول أشهب مقيد بما إذا لم يأت برهن آخر ، هكذا صرح به أشهب في « الموَّازيَّة » .

وظاهر كلام المصنف : أن أشهب يقول بالتعجيل إذا بيع بمثل الدين ، سواء كان الدين عيناً أو عرضاً .

والذي في ابن يونس عنه : أن المرتهن يأخذ مصابة الرهن من الثمن من دينه إن بيع بمثل الدين من دنانير أو دراهم .

ونقل الباجي[١] عنه أنه قال في « العتبية » : إذا بيع بعرض مثل حقه أو مخالفاً له وضع له رهناً ، وليس له تعجيله بغير رضا المرتهن .

قال الباجي [٢]: ووجهه أن المماثلة لا تكاد تحصل في العروض ، وقد يجد عند الأجل ما هو أقرب إلى المماثلة ، ولا يقال : لعل لأشهب قولين ، وقد نقل اللخمي عنه الإطلاق كالمصنف ؛ لأن تقييد كلامه بعضه ببعض أولى من حمله على الخلاف .

---

(١) « المنتقى » (٧/ ٢٧٤) .

(٢) « المنتقى » (٧/ ٢٧٤) .

البـاجي[١]: وقال أشهب أيضاً في « العتبية » [٢]: إن بيع شيء من الطعام أو الإدام أو الشراب بمثل ما له صفة وجودة فاستحسن له تعجيله ، وإن أبى صاحب الحق .

الباجي[٣] : وكذلك ينبغي أن يكون كل مكيل وموزون ونحوهما .

وكذلك قال سحنون في « المجموعة » : إن بيع بمثل حقه فليعجل له .

سحنون في موضع آخر : إلا أن يكون حقه طعاماً من بيع فيأبى أن يتعجله فذلك له .

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي الرَّهْنِيَّةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ

يعني : إذا قال صاحب الدين : كتابك هذا عندي رهن مثلاً ، وقال المالك : بل أعرته أو أودعته لك ، فالقـول للراهن ، وهكذا في « الموَّازيَّة » ؛ لأن رب الدين مدع لأنه أثبت للكتاب وصفاً زائداً فعليه البينة .

وكذلـك أيضا إذا كـان بيده عـبدان فـادعى أنهمـا رهن ، فقـال ربهمـا : إنما رهنتك أحدهما، فالقول قوله ، قاله في « المدونة »[٤] .

وقوله : (**الرَّاهِـنِ**) يريد : على دعوى خصمه ، وإلا فالفرض أن الرهن لم يثبت ، وقيد اللخمي المسألة بما إذا لم تكن العادة تصدق المرتهن ، وأما إن صدقته كالبياع يبيع الخبز وشبهه فيدفع إليه الخاتم ونحوه ويدعي الرهنية ؛ فإن القول قوله ، ولا يقبل دعوى صاحبه أنه وديعة .

خليل : وهو كلام ظاهر .

قـــال في « المدونة »[٥] : فلو كان نمطاً وجـبة فهلك النمط ، فـقال المرتهن : النمطُ أودعتنيه والجـبة رهن ، وقال الراهن : النمطُ هو الرهن والجبـة هي الوديعة ، فكل واحد مدع على صاحبه ، فلا يصدق الراهن في تضمين المرتهن ما هلك ، ولا يصدق المرتَهِن أن الجبة رهن، ويأخذها ربها ، يعني : ويحلفان .

---

(١) « المنتقى » (٧/ ٢٧٤) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٤٢٠) .

(٣) « المنتقى » (٧/ ٢٧٤) .

(٤) « المدونة » (٤/ ١٤٥) .

(٥) « المدونة » (٤/ ١٥٥) .

وَالرَّهْنُ كَالشَّاهِدِ فِي قَدْرِ الدَّيْنِ إِلَى مَبْلَغِ قِيمَتِهِ مَا لَمْ يَفُتْ فِي ضَمَانِ الرَّاهِنِ

يعـني : إذا اتفقا على الرهنية واختلفا في مقدار الدين ، فإن الرهن يكون كالشاهد إلى مبلغ قيمته فيكون القول قول من ادعى أن الدين قدر قيمة الرهن .

ابن عبـد البر[1]: واتفق على ذلك ، وقال الحنفي وغيـره : القول قول الراهن مطلقاً ، واستدل القـاضي إسماعيل للمذهـب بقوله تعالى : ﴿ **وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ** ﴾ [البقرة: ٢٨٣] بجعل الراهن بدلاً من الشاهد ، لأن المرتهن أخذه وثيقة بحقه فكان كالشاهد يخبر عن مبلغ الدين ، وما جاوز قيمته فلا وثيقة فيه ، فكان القول فيه قول الراهن .

وقوله : (**مَا لَمْ يَفُتْ فِي ضَمَانِ الرَّاهِنِ**) يعني : أنه يشترط في كون الرهن شاهداً أن يكون قائماً ، وفي معنى القائم بأن يهلك في ضمان المرتهن ، فإن قيمته تتنزل منزلته .

وأما لو هلك في ضمان الراهن فلا يكون شاهداً ، والذي في ضمان الراهن ما لا يغاب عليـه أو ما يثبت هلاكـه ببينة مما يـغاب عليـه كمـا تقـدم ، وهكذا نص في « الموَّازيَّة » و«العتبية» على أن الرهن لا يكون شاهداً إذا كان في ضمان الراهن .

خليل : وينبغي إذا شهدت البينة على صفته أن يقوم ، وتكون تلك القيمة أيضاً كالشاهد وكذلك أيضاً إذا شهدت على قيمته ، وإن كان في ضمان الراهن .

وإلى ذلك أشار عبد الوهاب[2] ، فإنه قال : العادة جارية أن الناس يرهنون ما يساوي قدر ديونهم أو ما يقاربها .

اللخـمي وغيـره : فعلـى قوله يكون الرهن شـاهداً على الذمـة ، وإن هلك الرهن أو استحق .

فَيَحْلِفُ الْمُرْتَهِنُ وَيَأْخُذُهُ وَإِنْ لَمْ يَفْتَكَّهُ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ

يعـني : فيحلف المرتهن عليه وحده إن وافقت قيمة الرهن دعواه ، وهذا هو المشهور ، وقيل : لابد من يمين الراهن إذا طلبها المرتهن ليسقط عن نفسه كلفة بيع الرهن في الدين ، ولأن المرتهن يخشى من ظهور عيب بعد بيعه .

عياض : وهو الصحيح وليسقط الطلب من ذمته على القول بتعلقه بالذمة .

(١) « الاستذكار » (٧/ ١٣٩) .

(٢) « الإشراف » (٢/ ٥٨٥) .

قوله : (**وَيَأْخُذُهُ**) أي : إذا حلف المرتهن أخذ الرهن إن لم يفتكه الراهن بما حلف عليه المرتهن ، فـإن نكل المرتهـن حلف الراهن وغـرم مـا أقر به ، ولا يـلزم الراهن إذا حلف المرتهن أن يدفع ما حلف عليه ؛ لأن الرهن إنما هو شاهد على نفسه ، وهذا هو المشهور .

وفي سمـاع ابن القاسم عن مالك أنه شـاهد على الذمة ، ويجبـر الراهن على دفع ما ادعاه المرتهن ما بينه وبين قيمة الرهن .

ولهذا قـال المصنف أولاً : والرهن كـالشاهد ، ولم يقل : والرهن شـاهد ؛ لأنه ليس بشاهد على الذمة ، وإنما هو شاهد على نفسه .

فَإِنْ زَادَ حَلَفَ الرَّاهِنُ مَا لَمْ يَنْقُصْ عَنْهَا ، فَإِنْ نَقَصَ حَلَفَا وَأَخَـذَهُ إِنْ لَمْ يَفْتَكَّهُ بِقِيمَتِهِ ، وقِيلَ: بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ ....

مثال ذلك : إذا قال الراهن بعشرة ، وقال المرتهن : بعشرين ؛ فثلاث صور :

الأولى : أن يوافق المرتهن بأن تكون قيمته عشرين .

والثانية : أن يوافق الراهن بأن تكون قيمته عشرة .

والثالثة : ألا يوافق واحد منهما بأن تكون قيمته خمسة عشر .

فأشـار إلى الأولى بقوله : فـيحلف المرتهن ويأخذه إن لم يفـتكه ، وأشار إلى الثـانية بقوله: فـإن زاد ، أي : المرتهن على قيمـته ، أي : في دعوى المرتهن بأن يساوي عـشرة حلف الراهن وحده ، فإن نكل حلف المرتهن وأخذ المرتهن ما ادعاه .

وقوله : (**مَا لَمْ يَنْقُصْ عَنْهَا**) أي : ما لم تنقص دعوى الراهن عن قيمة الرهن .

وقـوله : (**فَـإِنْ نَقَصَ**) أي : الراهن عن القيمـة ، يريد : مع كون الراهن قد زاد ، (**حَلَفَا**) أي : الراهن والمرتهن كل على دعواه .

عيـاض : ولا خلاف في حلفهمـا في هذه الصورة ، مالك في « الموطأ »[1] ، وابـن المواز : ويبدأ المرتهن بـاليمين ؛ لأن الرهن كشـاهد له على قيمـته ، فإن حلـف فليحلف الآخر ، فإن نكل لزمه كل ما ادعـاه المرتهن ، وكذلك أيضاً لو نكل المرتهن وحلف الراهن لم يلزم الراهن إلا ما حلف عليه ، وإن نكلا أو حلفا فعلى الراهن قيمته إن أحب .

---

(١) « الموطأ » (٢/ ٧٣٢) .

وقيل : لا يكون له أخذه إلا بما حلف عليه المرتهن .

وإلى هذين القولين أشار بقوله : (وَأَخَذَهُ إِنْ لَمْ يَفْتَكَّهُ بِقِيمَتِهِ) وقيل : بما حلف عليه .

القول الأول لمالك في « الموطأ »[١]، وهو قول ابن نافع وابن المواز ، ثم يقال للراهن : إما أن تعطيه الذي حلف عليه وتأخذ رهنك ، وإما أن تحلف على الذي قلت أنك رهنته ويبطل عنك ما زاد المرتهن على قيمة الرهن ، فإن حلف بطل ذلك عنه ، وإن لم يحلف لزمه غرم ما حلف عليه المرتهن ، والقول الثاني لابن القاسم في « العتبية » .

قال في « الموطأ »[٢] : ويحلف المرتهن على جميع ما ادعاه ، وهو العشرون .

وقال ابن المواز : المرتهن مخير بين أن يحلف على دعواه أو على قيمة الرهن .

وحكى عبد الحق[٣] عن بعض شيوخه : أنه لا يحلف إلا على خمسة عشر ، كما لو ادعى عشرين فشهد له شاهد بخمسة عشر ، فإنه يحلف على شهادة الشاهد .

وفرق الباجي[٤] وغيره بين الرهن والشاهد بأن الرهن متعلق بجميع الدين ، والشاهد لا تعلق له بما لم يشهد ، ألا ترى أن الراهن لو أقر بالعشرين لكان الرهن رهناً بجميعها ، ولو أقر بتصديق الشاهد لم يكن لشهادته تعلق بغير الخمسة عشر .

واعلم أن القول بتحليفه على العشرين أخص ؛ لأنه إذا نكل الراهن لا يحتاج المرتهن إلى يمين أخرى ، بخلاف من يقول : إنه يحلف على قيمة الرهن ؛ لأنه يحتاج إذا نكل الراهن إلى يمين أخرى يثبت بها ما زاد على القيمة .

تنبيه :

ما تقدم من أن الضمير في قوله : (فَإِنْ زَادَ) عائد على (الْمُرْتَهِنِ) هو الظاهر ، بل المتعين هنا ، وهو الذي قاله ابن راشد .

وقال ابن عبد السلام : يعني فإن زاد الذي أقر به الراهن على قيمة الرهن ؛ كما لو كانت قيمته ثمانية وأقر الراهن أن الدين عشرة ، فيحلف الراهن وحده ، كما يحلف لو لم يكن رهن ليرد دعوى المرتهن .

---

(١) « الموطأ » (٢/ ٧٣٣) .

(٢) « الموطأ » (٢/ ٧٣٣) .

(٣) « النكت والفروق » (٢/ ١٨٩) .

(٤) « المنتقى » (٧/ ٢٧٩) .

وفيـه نظر ، فإن حمـل الكلام على هذا لا يفيد ، فـإنه إذا كان القـول قول الراهن إذا ادعى قيمة الرهن فمن باب الأولى إذا ادعى أزيد من ذلك .

ثم المسألة في كلام مالك وغيره إنما هي على الوجه الذي ذكرناه .

وَفِي شَهَادَةِ مَا بِيَدِ أَمِينٍ قَوْلاَنِ

القول بقبول شهادة ما بيد أمين لابن المواز ، والآخر لأصبغ .

أبو محـمد[1] : وقول ابن المواز أصوب ، لأنه إنما أخذه توثقة بحقه ، ولا فرق بين أن يكون تحت يد المرتهن أو يد الأمين .

فَإِنْ تَلِفَ الْمَـضْمُونُ واخْتَلَفَـا فِي الْقِيمَـةِ ؛ تَوَاصَفَاهُ ثُمَّ قُوِّمَ ، فَـإِنِ اخْتَلَفَا فَالْقَـوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ....

يعني : إذا تلف المضمون وألزم المرتهن قيمته ، فإن اختلفا في قيمته ؛ فإنهما يتواصفانه ثم تقـوم تلك الصـفة ، وإن اختـلفـا فـيهـا فـالقـول قول المرتهـن مع يمينه ، وهكذا في «المدونة»[2] .

وقيـد المصنف المسألة بالمضـمون ؛ لأن غيـر المضمـون لا قيمـة فيه على المـرتهن حتى يغرمها، وليس هو أيضاً شاهداً على مقدار الدين كما تقدم .

وقوله : (**فَإِنِ اخْـتَلَفَا**) أي : في الصفة ، فالقول قول المرتهن لأنه غارم ، وهذا هو مذهب « المدونة » .

ابـن المـــواز : ويقبل قول المرتهن في الصـفة ، وإن كانت قيمة ذلك يسـيرة إلا في قول أشهب ، فإنه قال : إلا أن يتبين كذبه لقلة ما ذكره جدًا ، واختلف أيضاً لو لم يدع المرتهن هلاك الرهن ، لكن أتى برهن يساوي عشر الدين مثلاً ، هل يكون الدين شاهداً للراهن إذا أنكر أن يكون هذا رهنه كما كان الرهن شاهداً للدين ؟

والمشهور : أن لا يكون الدين هنا شاهداً .

ابن عبد السلام : والأقرب أنه لا فرق بين الصورتين .

---

(١) « النوادر والزيادات » (١٠/٢٢٩) .

(٢) « المدونة » (٤/١٤٥) .

فرع :

أما إن جهـل الراهن والمرتهن قيمتـه وصفته ؛ فـالرهن بما فيه ، وليس لأحدهمـا قبل الآخر شيء ، وعلى ذلك حمل أصبغ الحديث : « **الرهن بما فيه** » قيل : ولا خلاف عندنا في ذلك .

وَالْمُعْتَبَرُ فِي الْقِيمَةِ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ يَوْمُ الْحُكْمِ إِنْ كَانَ بَاقِياً ، وَيَوْمُ قَبْضِهِ ، إِنْ كَانَ تَالِفاً ، وَعَنْهُ أَنَّ الرَّهْنَ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ الضَّيَاعِ ، وَعَنْهُ : يَوْمَ الرَّهْنِ ، قَالَ الْبَاجِيُّ : فَيَنْبَغِي أَنْ تُعْتَبَرَ تِلْكَ الْقِيمَةُ فِي مَبْلَغِ الدَّيْنِ ....

حاصل ما ذكره : أنه إن كان الرهن باقياً اعتبرت قيمته يوم الحكم ، وإن تلف ؛ فثلاثة أقوال لابن القـاسم ، أعني : هل تعتبـر يوم الضياع ، أو يـوم القبض ، أو يوم الرهن ؟ على أنه قد اختلف في الروايتين الأخيرتين هل هما وفاق أو خلاف ؟

وقوله : (**قَالَ الْبَاجِيُّ**[1] : **فَيَنْبَغِي**) إنما قال الباجي ذلك بلفظ يجب .

قال : وعلى اعتبار قيمة الضيـاع يجب أن تعتبر تلك القيمة إلى مبلغ الدين ، والأقرب اعتبار القيمة يوم الرهن ؛ لأن الناس إنما يرهنون ما يساوي ديونهم غالباً .

ابن عبد السلام : وما حكاه المصنف عن البـاجي هو نص في « الموطأ »[2] ومعناه في «المدونة »[3] .

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي مَقْبُوضٍ ، فَقَالَ الرَّاهِنُ : عَنْ دَيْنِ الرَّهْنِ ، وَقَالَ الْمُرْتَهِنُ : عَنْ غَيْرِهِ ، وُزِّعَ بَعْدَ أَيْمَانِهِمَا عَلَى الْجِهَتَيْنِ ، وَقِيلَ : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ

نحـوه في « المدونة »[4] ، ونظيرها إذا كان له عليه دين بحمـيل ودين بغيره ، واختلفا في المقبوض هل عما هو بحميل أم لا ؟

ابن رشـــد[5] : والكلام فيـهما واحد ، ومذهب « المدونة » أنـهما يتحالفـان ويقسم

---

(١) « المنتقى » (٧/ ٢٨١) .

(٢) « الموطأ » (٢/ ٧٣٣) .

(٣) « المدونة » (٤/ ١٥٤) .

(٤) « المدونة » (٤/ ١٤٣) .

(٥) « البيان والتحصيل » (١١/ ٢٧) .

المقبـوض بينهـما ، فإن حلـف أحدهما ونكـل الآخر فالقـول قول الحـالف ، وحكي في «المـدونـة »[١] في مسألة الحـمالة عن غير ابن القاسم : أن القـول قول المقبض مع يمينه ، قال: لأنه مؤتمن مدعى عليه .

وإلى هذا أشار بقوله : (**وَقِيلَ : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ**) ابن رشد[٢] : وما حكاه من أن القول قول المرتهن لا يوجـد على إطلاقه ، وحكاه في « الجواهر »[٣] عن أشهب مقيداً ، فقال بعـد أن ذكر أنهما يتـحالفان ويقسم الثـمن بينهما : وقال أشـهب : وهذا إذا تقاررا بالإبهام ، وأما لو تداعيا البيان ؛ فالقول قول المرتهن ، وكلام ابن يونس قريب منه .

ابن عـبد السـلام : وهذا القول أقرب ؛ لأن الدافع يطـلب إخراج الرهن بمحض دعواه فعليه البيان ، وقال ابن كنانة في مسألة الحمالة : القول قول من عليه الدين .

وكذلك حكى ابن رشد قولاً في مسألة الرهن أن القول قول الراهن .

اللخمي : وهو القياس ؛ لأنه متطوع ، ولأن القول قوله فيما يقر به .

وقيـد اللخمي ما في « المدونة » بما إذا حل الدينان أو لم يـحلا وكان أجلهمـا سواء أو متقـاربان ، فإن حل أحدهما ؛ فـالقول قول من ادعى الحال ، وكـذلك إذا تباين الأجلان فالقول قول من ادعى أقربهما أجلاً مع يمينه .

بعض القرويين : وإنما تصح القسمة إذا كانت المائتان حالتين ، وأما إن كانتا مؤجلتين ؛ فالقـول قول الدافع ، لأنه يقول : إنما قصـدت تعجيل المائة لآخذ الرهن ، فـيكون القول قوله .

وَإِذَا ادَّعَى الْمُرْتَهِنُ رَدَّهُ لَمْ يُقْبَلْ

ظاهرٌ .

وَإِذَا اخْتَلَفَ الأَمِينُ وَالْمُـرْتَهِنُ ، فَقَالَ : بِعْتُهَا بِمِـائَةٍ وَأَسْلَمْتُهَـا لَكَ ، وَأَنْكَرَ الْمُرْتَهِنُ ؛ غَرِمَ الأَمِينُ لَهُ مَا أَنْكَرَهُ ...

قـال في « المدونة »[٤] : وإن قال المأمور: بعت الرهن بمائة وقبضـتها للمرتهن ، وقال

(١) المدونة « (٤/ ٩٩).

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/ ٢٧) .

(٣) « الجواهر » (٢/ ٦٠٥) .

(٤) « المدونة » (٤/ ١٤٠) .

المرتهن: ما أخذت منه شيئاً ؛ صدق المرتهن ، وكذلك يصدق المرتهن إذا قال : إنما أعطاني خمسين ، وقال المأمور : بل مائة ، ولأجل تصديق المرتهن .

قال المصنف : غرم الأمين مـا أنكره ، أي : ما أنكر المرتهن ، **يعـني** : للمرتـهن بعد يمينه، وهو مقيد بما إذا كان المأمور مأموراً من الراهن .

ابن يـونس : ولو كان المرتهن هو الذي أمر ببيعه ؛ لصدق المأمور مع يمينه في دفعه إلى المرتهن ، لأن الوكيل على البيع مصدق في دفع الثمن إلى الآمر .

كتاب التفليس

التَّفْلِيس : وَإِذَا الْتَمَسَ الْغُرَمَاءُ أَوْ بَعْضُهُمُ الْحَجْرَ عَلَى مَنْ يَنْقُصُ مَالُهُ عَنْ دَيْنِهِ الْحَالِّ حُجِرَ عَلَيْهِ ....

التفليس مصدر فلس .

عياض : وأصله من الفلوس ؛ أي : صار صاحب فلوس بعد أن كان ذا ذهب وفضة .

وفي الجوهري[1] : يقال : أفلس الرجل؛ أي: صار مفلساً كأنما صارت دراهمه فلوساً، كما يقال : أخبث إذا صارت أصحابه خبثاً ، وأقطف إذا صارت دابته قطوفاً ، ويجوز أن يراد أنه صار إلى حال ليس معه فلس ، كأُقْهِرَ الرجل إذا صار إلى حال يقهر عليه .

وقول : (**الْتَمَسَ**...) إلخ ، يعني للقاضي الحجر على المِدْيَان بثلاثة شروط ، أو شرط مركب من ثلاثة أجزاء :

الأول : أن يطلب الغرماء أو واحد منهم ذلك ، وهو معنى قوله : (**الْتَمَسَ الْغُرَمَاءُ أَوْ بَعْضُهُمْ**) وفهم من كلامه أن لبعض الغرماء إذا قام تفليسه وإن كره غيره ، وهو صحيح .

محمد : إلا أن يقدمه الغرماء في المال الموجود أو يدفعوا له دينه من أموالهم .

الثاني : أن يكون مال المِدْيَان ناقصاً عن دينه الحال .

الثالث : أن يكون الدين حالاً ، وأما إن كان مؤجلاً فلا حجر بمؤجل ، نعم يحل بالحجر كما سيأتي ، والمؤجل الحال كالحال ، **وذكروا هنا صوراً** :

الأولى : أن يكون له وفاء دينه الحال والمؤجل ؛ فهذا لا يفلس .

الثانية : أن يكون ما بيده ناقصاً عن الحال ؛ فلا إشكال أنه يفلس .

الثالثة : أن يكون بيده مقدار الحال فقط ، فللقرويين في تفليسه قولان .

الرابعة : أن يكون في يده مقدار دينه الحال ويفضل عن ذلك فضلة إلا أنها لا تفي بالمؤجل الذي عليه ، فذكر اللخمي أن المعروف أنه يفلس .

وفي « الموازية » : أنه لا يفلس ، قال : وليس بحسن ، وقيد اللخمي ما في «المدونة»

---

(١) « الصحاح » (٥١/٢) .

بأن تبقى في يده فضلة يعامله الناس عليها ويتاجره الناس بسببها ، ويرجى من تنميته لها ما يقضي به الديون المؤجلة ، وإن كان المعروف في هذه المسألة أن يفلس ؛ فتفليسه إذا لم يكن بيده إلا مقدار الحال أولى ، وهو خلاف مفهوم كلام المصنف ؛ إذ مفهوم كلامه : أنه لو بقي بيده مقدار الحال فقط لم يفلس .

اللخمي : وإذا كان ما في يده كفاف دينه وله مؤجل مثل المؤجل الذي عليه في العدد والأجل على موسر ، أو كان محل دينه قبل محل الذي عليه ، أو كان محل دينه أبعد أجلاً وهو أكثر عدداً -وإن بيع الآن- أو عند حلول ما عليه وفاء بالدين ؛ لم يفلس ، وكذلك إذا كان أجل دينه قبل وهو أقل ويرجى بعد قبضه وتجره به أن يوفي ما عليه .

تنبيه :

أخذ من قول المصنف : **(الْتَمَسَ الْغُرَمَاءُ)** أنه لا يكون للقاضي ذلك إلا بطلبهم ، وأنه لو أراد الغريم تفليس نفسه لم يكن له ذلك ، وقد اختلف الشافعية هل له ذلك أم لا ؟

والأصل في هذا الباب ما رواه أبو داود : **أنه عليه السلام حجر على معاذ بن جبل -رضي الله عنه- وقسم ماله بين غرمائه**[1] .

وفعل ذلك عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- برجل كان يشتري الرواحل ويسبق الحاج، وقال : « من كان له عنده شيء فليأتنا بالغداة نقسم ماله وإياكم والدين ، فإن أوله هم وآخره حرب» .

وَلا حَجْرَ فِي الدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ ، وَلَكِنْ يَحِلُّ بِالْحَجْرِ

يعني : شرط الدين الذي يحجر به أن يكون حالاً ، وإن كان دينه مؤجلاً كله أو حل بعضه ولكن ما بيده أكثر مما حل عليه ؛ لم يحجر عليه .

اللخمي : وسواء كان يوجد عنده عند حلول الأجل شيء أم لا ، إلا أن تتغير حالته ويظهر منه إتلاف ويخشى ألا يوجد عند حلول الأجل شيء ؛ فيحجر عليه ويحل دينه ، إلا أن يضمن أو يوجد ثقة يتجر له .

---

(١) أخرجه الحاكم (٥١٧٩ ، ٥١٩٢) ،والطبراني في « الكبير » (١٦٨٠١) والبيهقي في «الكبرى» (١١٠٤٢) من حديث كعب بن مالك - رضي الله عنه - .

قوله : (وَلَكِنْ يَحِلُّ بِالْحَجْرِ) يعني : إذا حجر عليه بسبب الدين الحال فإن المؤجل يحل كما يحل بالموت ؛ لخراب الذمة في المسألتين .

فرع :

لو قـال بعض الغـرماء : لا أريد حلول عـروضي ، وقـال المفلس : بل حكم الشـرع بحلول مـا علي ولا أؤخره ؛ فـالقول للمـفلس ويجبـر المستـحق على أخذها ، قـاله في «الموازية» و«العتبية» .

واعترضه اللخمي بأن الحلول إنما كـان لحق رب السلعة ، فينبغي أن يكون القول له في التأخير ، وإلى حلول الدين بالموت أشار بقوله :

وَالْمَوْتُ كَالْفَلَسِ

وهذا هو المشهور .

وذهب السيـوري إلى أن المؤجل لا يحل بالموت ، [فـأجرى][1] على قـولـه الفلس ، ووجه المشهور : أنـه لو لـم يحل بالموت لزم إما تمكين الورثة من قسمة التـركة ، وإما عدم تمكينهم، والأول باطل بقوله تعالى : ﴿ **مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ** ﴾ [النساء:١١] .

والثاني كذلك ؛ لما يلحق الجميع بسبب وقف التـركة من غير فائدة ، ولو قال الورثة : نحن نأتي بالحميل مليـئا ونؤديه عند الأجل ومكنونا من قسمة التـركة كلها ؛ لم يكن لهم ذلك ، قاله ابن نافع في «المبسوط» .

فرع :

ويدخل في قوله : (ويحل بالفلس) دين الأكرية ، وهو الذي أخذ من المدونة من قوله: إذا فلس المكتري فصاحب الدابة أولى بالمتاع من الغرماء . فـإنه يقتضي تعجيل حقه ، ولا يصح أن يباع للغرماء منافع دابة بالنقد يأخذونه ويبقى هو مطالباً بالكِرَاء .

ومن قوله فيها أيضاً : إذا اكترى أرضاً فزرعها ثم فلس ؛ أنه يحاص الغرماء منافع دابته بالنقد بالكراء .

المـــازري : وذكر لي بعض أشيـاخي أن عبد الوهاب نص عليه فـي «شرح الرسالة» ، وكذلك ذكر لي عن «المبسوط» ، ولم أقف على النقل في هذين الكتابين ، ولكن عندي أن

---

(١) في ط : فأحرى ، بالحاء المهملة والمثبت هو الصواب .

المسألة كالمنصوص فيها على قولين ؛ لأنه اختلف فيمن أكرى داره خمس سنين وقبض كراءها ومر عليه حول ففلس ، هل يكرى الجميع أو العام الأول فقط ؟

وفي «المقدمات» : وإن اكترى الرجل داراً بالنقد أو كان العرف فيه النقد ففلس المكتري قبل أن يقبض الدار أو بعد أن قبض المكتري بعض السكنى ؛ فأوجب ابن القاسم في «المدونة» للمكتري المحاصة بكراء ما بقي من السكنى إذا شاء أن يسلمه ، وله مثل ذلك في «العتبية»[١] .

وعلى قياس هذا إن فلس قبل أن يقبض الدار فللمكتري أن يسلمها ويحاص بجميع كرائه ، وهذا إنما يصح على قول أشهب الذي يرى قبض أوائل الكراء قبضاً لجميع الكراء .

وأما ابن القاسم : فالقياس في أصله أن يحاص الغرماء بما مضى ويأخذ داره ولا يكون له أن يسلمها ، ويحاص الغرماء بجميع الكراء .

ولو لم يشترط في الكراء النقد ولا كان العرف فيه النقد ؛ لوجب على المذهب المتقدم إذا حاص أن يوقف ما وجب له في المحاصة ، فكلما سكن شيئاً أخذ بقدره من ذلك .

وَالْبَعِيدُ الْغَيْبَةِ لا يُعْرَفُ تَقَدُّمُ مِلائِهِ يُفَلَّسُ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : وَلَوْ كَانَ عُرِفَ

يعني : أن الغريم إذا كان بعيد الغيبة ولم يعرف له تقدم ملاء فإنه يفلس ، وإن عرف له ذلك ؛ فالمشهور لا يفلس خلافاً لأشهب ، وقد نقل ابن يونس وغيره قول أشهب كما نقله المصنف ، وقول ابن عبد السلام : إن في نقل المصنف له نقصا ؛ لأنه لا يؤخذ منه أنه يحكم بفلسه ولو عرف ملاؤه ، وليس بظاهر ، وقال أصبغ بالمشهور استحساناً ، والقياس عنده قول أشهب .

أصبغ : ويكتب بتفليسه حيث هو ليستتم عليه ذلك بالموضع الذي هو فيه .

ابن يونس[٢] : وفي قول أصبغ نظر ؛ لأن أشهب إنما فلسه وإن كان ملياً في غيبته ؛ لإمكان تلف المال ، فإذا وصل إليه فكيف يحل المؤجل عليه وهو مليء ، انتهى .

وأجيب بأن أصبغ رآه حكماً مضى فلا يرتفع .

فرع مرتب على المشهور :

فإن فلس ثم قدم ملياً فلا شك في أخذ من قد حل دينه ، وأما من لم يحل دينه ؛

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٤٢٢) .

(٢) الجامع لابن يونس (٥/ ٥١٦) .

فاختلف هل يأخذ أيضاً حقـه لأنه حكم مضى وهو ظاهر قول أصبغ، أو لا يأخذه إلا بعد أجله لأن الغيب قد كشف خـلاف ما مضى به فصار كما لو تـبين خطأه وهو اختيار بعض المحققين؟

وقال ابن عبد السلام : الأول أقرب ؛ لأن الحاكم حين قضى بإفلاسه كان محوزاً لما قد ظهر الآن ، وأيضـاً فهو حكم واحد ، وقـد وقع الاتفاق على أن من قبض شيـئاً من دينه المؤجل لا يرد ذلك ، فكذلك ما بقي ، وأما لو حضـر الغريم وغاب المال فإن ذلك يوجب تفليس الغريم إذا كانت غيبة المال بعيدة ، انتهى .

وفهم من قول المصنف : (**وَالْبَعِيدُ**) أنه لو كان قريباً لم يفلس بل يكشف عن حاله ، وهكذا في «العتبية»[1] و«الواضحة» لابن القاسم ، وحد القرب فيهما بالأيام اليسيرة .

قال في «البيان»[2]: ولا خلاف في ذلك ، قال : وخلاف ابن القاسم وأشهب إنما هو عندي فيما كان على مسيرة عشرة أيام ونحوها ، وأما إن كان على مسيرة الشهر ونحوه فلا خلاف في وجوب تفليسه وإن علم ملاءه ؛ أي : غناه من فقره .

فرع :

وهل يستأنى ببيع عروض الغائب خشية أن يكون عليه دين آخر ؟ أما البعيد الغيبة: فلا خـلاف في الاستـيناء في حقـه . وأما القـريب : فلمـالك في رواية ابن وهب في بعض روايات «المدونة »، ولا يستأنى به لأن له ذمة . وقال ابن القاسم : يستأنى به كالميت .

وَلَوْ مَكنَهُمُ الغَرِيمُ مِنْ مَالِه فَبَاعُوهُ وَاقْتَسَمُوهُ ثُمَّ تَدَايَنَهُ؛ فَلَيْسَ لِلأَوَّلِينَ دُخُولٌ فِيهِ، إِلا أَنْ يَكُونَ فِيهِ فَضْلُ رِبْحٍ كَتَفْلِيسِ السُّلْطَانِ

يعني : إذا اتفق الغـريم وأرباب الديون على أخـذ ما في يد الغـريم والتحـاصص فيـه وفـعلوا ذلك من غـير رفع إلى الحـاكم ، ثم تداين هـذا الغريم من قـوم آخـرين ؛ فليس للأولين الدخول في دين ما أخذه من الآخرين ، إلا أن يفضل عن دين الآخرين فضل .

وقـوله : (**كَـتَفْـلِيسِ السُّلْطَانِ**) تشبيه لإفـادة الحكم ؛ لأنه لم يتقدم له هذا الحكم في تفليس السلطان ؛ أي : وليس لهم أن يدخلوا كحكم الحاكم .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٤٦٤) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٤٦٥) .

وَلِلْحَجْرِ أَرْبَعَةُ أَحْكَامٍ ؛ مَنْعُ التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ الْمَوْجُودِ

(أل) في (لِلْحَجْرِ) للعهد ؛ أي : لحجر المفلس أربعة أحكام ؛ الأول : (مَنْعُ التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ الْمَوْجُودِ) احترازاً مما إذا لم يوجد ؛ فإنه لا يمنع كالتزامه عطية شيء إن ملكه ، اللهم إلا أن يملكه ودينهم باق فلهم حينئذ المنع ، ومراد المصنف بالمنع من التصرف : هو التصرف الخاص وهو التبرع ؛ لقوله بعد هذا : (مُعَامَلَته) ولكن إن أراد هذا دخل عليه النكاح ، فإنه ممنوع من التزويج في المال الذي فلس فيه ، قاله في «المدونة» ، قال : وله أن يتزوج فيما أفاده بعده ، وظاهرها وظاهر «العتبية» : أن له أن يتزوج قبل التفليس .

ابن رشد : هذا إذا تزوج مَنْ يشبه حاله وأصدقها مثل صداقها ، ولو كان أكثر لكان غرماؤه أولى ، وترجع هي عليه به ، واختلف هل يُقَامُ المفلس من السوق لئلا يُغَش الناس بالبيع هنا ؟

قال مالك في «الموازية» فيمن تَعَمَّدَ إتلاف أموال الناس : يقام من السوق ، كما قال في السفيه إذا حجر عليه .

وقال مطرف وابن الماجشون في «الواضحة» : والمفلس لا يقام للناس .

اللخمي : وهذا أحسن فيمن لم يتعمد تلف ذلك .

فرعان :

الأول : اختلف في الكتابة ؛ فقيل: من ناحية العتق فترد ، وقيل : من ناحية البيع فتمضي .

اللخمي : وأرى أن ينظر في قيمته مكاتباً ؛ فإن كانت كقيمته رقيقاً مضت مطلقاً إلا أن يتعذر بيع المكاتب ، وكذلك إن كانت قيمته مكاتباً أبخس إلا أنها تفي بالدين ، وإن كانت لا تفي ؛ ردت إن كانت بعد الحجر أو قبل وكان البخس لتخفيف في الكتابة ؛ لما يرجى من الولاء ، إلا إن كانت قبله في حسن النظر لكثرة النجوم ، كمن باع سلعة بثمن إلى أجل وكان بيع ذلك الدين لا يفي بالثمن لو بيعت على النقد فإنه لا يرد ، انتهى .

وهذا إنما يأتي إذا أجرينا الكتابة مجرى البيع .

الثاني : قال في «المدونة»[1] : ورهن من أحاط الدين بماله وبيعه وقضاؤه جائز ما لم

---

(١) « المدونة » (٥/٢٠٩) .

يفلس، وقد كـان مالك يقول : إذا تبين فـلسه فليس له ذلك ويدخل الغرمـاء معه فـيه ، وليس بشيء، وعلى الأول جماعة الناس .

وحكى في «المقـدمـات»[١] قولاً ثالثاً بجـواز قضائه لبعض غـرمائه دون رهنه ، أما لو قضى جميع ما بيده لأحد غرمـائه ، فأشار السيوري إلى أن ذلك لا يختلف في رده وأفتى بذلك، وإنما اختلف إذا قضى البعض .

وقال بعض القرويين : إنه يتفق على رده إذا عجله لبعضهم قبل أجله .

وَفِي مُعَامَلَتِهِ ، ثَالِثُهَا : بِالنَّقْدِ لا بِالنَّسِيئَةِ ، وَرَابِعُهَا : بِمَا يَبْقَى لا بِمَا يَذْهَبُ

أي : وفي صحة معـاملة المفلس وعدم صحتها ، والذي اقتـصر عليه اللخمي والمازري وابن شاس : أن بيعه وشراءه لا يمضى .

وفي «الجـلاب»[٢] : أن بيع المفلس وابتياعه جائـز ما لم يحاب ، ولـم أقف على غير هذين القـولين ، على أن بعض من تكلـم على «الجلاب» أوله بـأن مراده مَنْ ظهـر عليـه الفلس قبل أن يحجر الحاكم عليه ، قال : وأما إن حـجر عليه فلا يجوز له تصرف البتة ، ولا خلاف في جواز بيعه إذا لم يحجر عليه بشرط ألا يحابي ، قاله في «المقدمات»[٣] .

وقوله : (**بِمَا يَبْقَى لا بِمَا يَذْهَبُ**) أي : لا يسرع إليه التلف كالعقار .

ابن عـبد السـلام : ولستُ على وثوقٍ من نسبة هـذه الأقوال للمذهب ، بل ورأيت من الحفاظ من ينكرها ، والأول منها هو المعـروف في المذهب ، ولو صح بيعه وشراؤه لما كان للحجر عليه كبير فائدة .

وإنما حكيت هذه الأقوال في مستغرق الذمة بالحرام والمغصوب ، على القول بأن حكمه حكم من أحـاط الدين بماله لا حكم المفلس وهو الأظهـر ، ومنهم من رأى حكمـه حكم المفلس فمنع من معاملته مطلقاً ، هكذا حرره بعض المحررين من الشيوخ .

وَيَمْضِي عِتْقُ أُمِّ وَلَدِهِ ، وَرَدَّهُ الْمُغِيرَةُ

أمضاه ابن القاسم في الكتاب ورده المغيرة ، وقال : ليس هو كطلاقه لزوجته ، بل هي

(١) « المقدمات » (٢/ ٣٢٠) .

(٢) « التفريع » (٢/ ٢٥٤) .

(٣) « المقدمات » (٢/ ٣٢٠) .

كرقيقه ؛ لارتفاقه بها .

ومنشأ الخلاف : هل هي كالزوجة لأنه ليس له فيها إلا الاستمتاع، أو كالأمة لأن فيها شائبة الرق ، ولأن أرش جناياتها للسيد ؟

وفهم من قوله : (وَيَمْضِي عِتْقُ أُمِّ وَلَدِه) أنه لا ينبغي للمفلس أن يقدم على ذلك ابتداءً ، وهذا مقيد بأم الولد التي أولدها قبل الحجر ، وأما لو أولدها بعده ؛ فيرد عتقها لأنها تباع إذا وضعت دون ولدها .

وَفِي إِتْبَاعِهَا مَالَهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ يَسِيراً قَوْلانِ

إذا فرعنا على المشهور من إمضاء العتق ، فإن لم يستثن السيد مالها ، فقال مالك في «العتبية» : يتبعها لأن السيد باعتبارها غير مفلس .

وقال ابن القاسم : لا يتبعها إلا أن يكون يسيراً ، لأن الغرماء إنما لم يكن لهم ردها لأنهم لا منفعة لهم فيها بخلاف مالها .

وَتَصرُّفُهُ شَارِطاً أَنْ يَقْضِيَ مِنْ غَيْرِ مَا حُجِرَ عَلَيْه فِيه صَحِيحٌ

إذا اشترى شيئاً على أن يقضي ثمنه من غير ما حجر عليه فيه بل مما يطرأ جاز ؛ إذ ليس فيه إتلاف على الغرماء .

خليل : وانظر هذا فإن فيه البيع لأجل مجهول وقابله بما قالوه فيمن تزوجها إلى ميسرته أنه لا يجوز ، وقد تقدم أن شيخنا ـ رحمه الله ـ أخذ من هذا أنه يجوز أن يشتري سلعة بشرط أن يدفع ثمنها إذا فتح الله عليه وانظر ذلك .

وَكَذَلِكَ طَلاقُه وَخُلْعُهُ وَاسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ وَعَفْوُهُ

يعني : وكذلك تصح تصرفاته غير المالية كطلاقه ، فأحرى خلعه لأخذه فيه مالاً ، وذلك أنفع للغرماء ، وله أن يستوفي القصاص الذي وجب له ؛ إما بسبب جناية عليه أو على وليه ، وله أن يعفو عن الجاني ، ولا إشكال في هذا على قول ابن القاسم الذي يرى أن موجب العمد قود كله ، وأما على قول أشهب الذي يرى أن الواجب الخيار للولي بين القصاص والدية فقد غمزه بعضهم ، والأظهر أنه لا إشكال فيه على قاعدة المذهب ؛ لقولهم: إنه لا يجبر على انتزاع مال أم ولده ومدبره .

ووقع في بعض النسخ (وغيره) عوض قوله : (وَعَفْوُه) فيعني به كاستلحاق النسب أو اللعان ، والله أعلم .

وَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي الْمَجْلِسِ أَوْ عَنْ قُرْبٍ.

يعـني : أن إقرار الغريم إما بدين في ذمتـه أو بمعين ، وبدأ بالدين وذكر أنه يقبل إقراره في مجلس التفليس وبالقرب منه ، ولا يقبل مع البعد للتهمة ، وقيد بالمجلس وقربه ؛ لأن الغالب في حق من يعامل الناس أنه لا يستحضر جميع ما عليه إلا بتفكر .

ابن عـبد السـلام : وظاهر كلامه أنه يقبل في المجلـس وبالقرب منه ، سواء كان الدين الذي فلس به ثبت ببينة أو بإقرار ، وهو اختيار بعض الشيوخ .

والظاهر عندي : أن الغالب عدم استحـضاره لجميع الدين في وقت واحد ، لكن الذي نص عليه محمد وحمـلوا عليه «المدونة» أن هذا خاص بما إذا ثبت الدين بإقراره ، وإن كان ببينة فإنه لا يقبل وإن كان في المجلس .

ولمالك في «الموازية» قـول ثالث : أن من أقـر له المفلس إن كان يعـلم منه إليه تقـاض ومداينة وخلطة ؛ حلف المقر له ودخل في الحصاص مع من له بينة .

وزاد بعضهم رابعاً : أنه يقبل ما لم يحز عنه المال ؛ لأنه حينئذ كالرهن للغرماء .

وفهم من كـلام المصنف أنه إذا أقر قـبل التفليس أنـه يقبل ؛ لأنه إذا قبل فـي مجلس التفليس فأحرى قبله .

قال في «المقدمات»(١) : ولا خلاف في ذلك إن كان المقر له لا يتهم عليه ، وفي المتهم عليه خلاف .

وكذلك حكى اللخمي وقال : عدم الجواز أحسن .

ابن راشـــد : ونزلت عندنا بقفصة وكـتب فيها قاضي الجماعـة بما اختاره اللخمي من البطلان .

خلـيل : وفي الاتفاق الذي حكاه في المقدمات نظر ، فقد حكي المازري وغيره أنه وقع لابن نافع في «المبسوط» أنه لا يجوز إقرار من تبين فلسه وإنما لم يضرب على يديه .

ابن رشد : وحد التفليس الذي يمنع قبول إقراره أن يقوم عليه غرماؤه فيسجنوه أو يقوموا فيستتر عنهم فلا يجدوه ، وذكر غيره أنه اختلف بماذا يكون مفلساً ؟ فقيل : بالمشاورة فيه، وقيل : إذا رفعوه للقاضي ، وقيل : بجعله في السجن .

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٣٢٠) .

ثُمَّ لا يُقْبَلُ إِلا بِبيِّنَةٍ وَيَكُونُ فِي ذِمَّتِه

أتى بـ (ثُمَّ) المقتضية للتراخي ؛ يعني : فإن لم يقر في المجلس ولا بقربه بل بعد ذلك لم يقبل إقراره ، إلا أن تشهد البينة لصحته ، وإذا لم يقبل بقي ما أقر به في ذمته ، فإذا أفاد مالاً بعد ذلك دخل فيه هذا المقر له ؛ لأن التهمة إنما كانت في المال الأول .

قال في «المقدمات»(١) : وأما لو داين قوماً آخرين ثم فلس ؛ فلا دخول للمقر له أولا معهم ، لأن حقه على قوله فيما كان أخذه الأولون ، فإن فضل عن الآخرين فضلة دخل معهم الأولون .

واختلف إذا كان إقراره أولاً صحيحاً ولم يرض المقر له بتفليسه ولا دخل في المحاصة ؛ فقال محمد : له أن يدخل مع الآخرين .

وقال مطرف في «الواضحة» : لا يدخل معهم .

اللخمي : وإن كان غائباً حين فلسه ثم قدم ؛ كان له أن يدخل مع الأولين فيحاصصهم، ويختلف إن أحب أن يدخل مع الآخرين ؛ فعلى قول محمد له ذلك .

وقال ابن القاسم في كتاب السرقة : لا يدخل معهم وهو موافق لقول مطرف ، وهو أحسن ؛ لأن هذه الأموال للآخرين لا شركة للأولين فيها .

واختلف إذا بقي أحد الأولين في يده نصيبه من المحاصة ؛ فعلى قول ابن القاسم : يضرب مع الآخرين بقدر ما أبقى كمداينة حادثة .

وفي «الواضحة» : يضرب بأصل دينه .

فَإِنْ قَالَ قِرَاضٌ أَوْ وَدِيعَةٌ وَعَلَى أَصْلِه بيِّنَةٌ ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : يُقْبَلُ ، وَقَالَ أَشْهَبُ بِالتَّعْيِينِ ، وَقَالَ أَصْبغُ : وَإِنْ لَمْ تَقُمْ بيِّنَةٌ إِذَا عيَّنَهُ وَكَانَ لِمَنْ لا يُتَّهَمُ

يعني : وإن أقر بشيء معين في يده في المجلس أو أقر به وقال : هو قراض لفلان أو وديعة ، فقال ابن القاسم : يقبل ذلك منه إذا شهدت بينة على أصل القراض والوديعة ، واشترط أشهب إذا شهدت على تعيين ذلك أنه له ، هكذا نقل غير واحد قول أشهب ، واكتفى أصبغ بتعيين المقر وإن لم تكن بينة إذا كان إقراره لمن لا يتهم عليه ، وحكى في «البيان»(٢) فيما إذا قال : هو قراض فلان أو وديعة فلان ثلاثة أقوال :

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٣٢٣) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٣٥٥) .

الأول : لمالك في سماع عيسى : أنه جائز مع يمين المقر له .

والثاني: لابن القاسم في العتبية وآخر الوصايا الثاني من «المدونة» : أن إقراره لا يجوز.

والثالث : الفرق إن كان على أصله بينة صُدِّقَ أن هذا هو ذلك المال ، وإن لم تكن على أصله بينة لم يصدق ، ورواه أبو زيد عن ابن القاسم ، قال ، وقيل : إن رواية أبي زيد مفسرة للقولين .

ابن عبد السلام : وما حكاه عن كتاب الوصايا الثاني ليس نصاً في تعيين المقر به ، بل ظاهره عدم التعيين ، وهو نص «التهذيب» .

وإن أقر الولد أن أباه أوصى لرجل بثلث ماله وعلى الولد دين يستغرق مورثه وأنكر غرماؤه الوصية ؛ فإن كان إقراره قبل القيام عليه بالدين جاز ، ولا يجوز إقراره بعد القيام عليه ، وكذلك إقراره بدين على أبيه أو وديعة عند أبيه فإقراره بعد قيام غرماء المقر عليه لا يقبل إلا ببينة ، وإقراره قبل أن يقام عليه جائز ، لكن في آخر كتاب القراض وكتاب الوديعة ذكر التعيين في إقرار المريض بالقراض والوديعة .ا.هـ.

وحكى المازري وغيره الثلاثة الأقوال التي حكاها ابن رشد في الوديعة في الصانع أيضاً إذا عين شيئاً لأحد .

وفي اللخمي : إذا ثبت البيع والإيداع ، ثم قال بعد الفلس : هذا الثوب الذي اشتريت أو الوديعة التي قبضت ، فقيل : لا يقبل إقراره ، وقيل : يقبل ، وقيل : لا يقبل في البيع ويقبل في الوديعة ، والإبضاع والقراض والقبول في الجميع أحسن ؛ لأن الأصل وجود هذه الأشياء عنده حتى يُعْلَمَ أنه تصرف فيها .

ابن يونس(١) : ولم يختلف في المريض يقول : هذا قراض فلان أو وديعته أنه يقبل إقراره إن كان لم يتهم عليه وإن لم تكن على أصل ذلك بينة ؛ لأن الحجر على المريض أضعف من الحجر على المفلس ؛ لأن المريض يشتري ما يحتاجه بخلاف المفلس .

وَالْمَالُ الْمُتَجَدِّدُ يَحْتَاجُ إِلَى حَجْرٍ ثَانٍ

يعني : أن ما استفاده بعد الحجر عليه أو نشأ عن معاملة قوم آخرين ، فإن له التصرف فيه حتى يحجر عليه حجراً آخر .

---

(١) الجامع لابن يونس (٥/ ٥٢٢) .

وَأُجْرَةُ الْحَمَّالِ وَالْكَيَّالِ وَنَحْوِهِ مِنْ مَصْلَحَةِ الْحَجْرِ تُقَدَّمُ

نحوه في «الجواهر» ؛ يعني : أن أجرة من يحمل سلع المفلس إلى السوق مثلاً أو أجرة من يكيل الطعام أو يزنه تقدم على الديون ؛ لأنه لولا ذلك ما أمكن الغرماء الوصول إلى الأثمان .

وقوله : (**الْحَمَّالِ**) بالحاء المهملة ، وفي بعض النسخ بالجيم ، والأولى أولى ، فإنها أعم .

وَيَحْلِفُ الْمُفْلِسُ مَعَ شَاهِدِهِ ، فَإِنْ نَكَلَ فَلِلْغُرَمَاءِ أَنْ يَحْلِفُوا

أي : إذا قام للمفلس شاهد واحد بدين ؛ فإن حلف استحقه وقسم بين غرمائه ، وإن نكل فللغرماء أن يحلوا محله في اليمين .

ابن حبيب : بعد التفليس ، وأما قبله فلا ، وهذا يؤخذ من كلام المصنف ؛ لأن التفليس حقيقة إنما يطلق بعد الحجر .

وكان القياس ألا يمكنوا من التحليف ؛ لأن حقه إنما ثبت في ماله إذا ثبت أنه ماله ، لكنهم اتهموا الغريم أن يكون قصد بنكوله إخراج المال عن الغرماء ، ولا سيما وقد اختلف إذا أخذ الحق بشاهد ويمين ، هل هو منسوب إلى الشاهد فقط واليمين كالاستظهار ، أو اليمين كشاهد ثان ؟

ويظهر أثر الخلاف إذا رجع الشاهد ، هل يغرم الحق كله ، أو نصفه ؟ وإذا تعارضت البينات فأقام أحدهما شاهدين والآخر شاهداً ويميناً وشاهده أعدل من الشاهدين ، هل تكون شهادته مقدمة أم لا ؟

مطرف وابن الماجشون : ويحلف كل واحد من الغرماء على جميع الحق المشهود به لا على نصيبه ؛ لأن كلاً منهما قام مقام المفلس ، فإن حلفوا جميعاً استحقوا وتحاصوا ، فإن نكلوا لم يستحقوا شيئاً ، وإن حلف بعضهم ونكل بعضهم استحق من حلف .

ابن القاسم : في رواية عيسى **وابن الماجشون** : قدر نصيبه فقط ، كما لو حلف الجميع .

وقال ابن عبد الحكم : جميع حقه ، لكن إنما نقل عنه هذا في مسألة الوارث يقوم للميت شاهد أن عليه دينا ، والباب واحد .

بعض القـرويين : وينبغي إذا نكل بعض الغرمـاء ولا فضل في الدين أن يحلف الغريم ويسقط عنـه حق من نكل ، وليس لأصحابـه أن يأخذوا ما نكل عنه وهـذا كالورثة ، ولو رجع بعض الغرماء بعـد نكوله فأراد أن يحلف ، فقال مطرف : لا يقـبل كما لو نكل عن حق نفـسه ، وقـال ابن الماجشـون : يقبل ؛ لأنه قـد يستـريب أولاً ثم يظهر له مـا يرفع الاسترابة بخلاف حق نفسه ، لأنه يعلم أولاً صحته وبطلانه .

وَلا يُمْنَعُ مِنَ السَّفَرِ بِالدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ ، إلا أَنْ يَحِلَّ فِي غَيْبَتِهِ فَيُوَكِّلَ مَنْ يُوَفِّيهِ

الباء الداخلة على (الدَّيْنِ) للسببية ، وقوله : (**وَلا يُمْنَعُ**) زاد في «الجواهر»[١] : (ولا يطلبه بكفيل أو بإشهاد) .

وفي السلم الثالث من «المدونة»[٢]: ولك منع غريمك من بعيد السفر الذي يحل دينك قبل قدومه ، ولا يمنع من القريب الذي يقدم فيه قبل محل أجل دينه .

ابن القاسم : في رواية عيسى : وعليه أن يحلف أنه لم يرد الفرار من الحق الذي عليه، وأنه ينوي الرجوع عند الأجل ليقضي ما عليه .

ابن يونس : وقال بعض أصحابنا : إنما تكون اليمين على المتهم .

وقـوله : (**فَيُـوَكِّلَ مَنْ يُوَفِّـيهِ**) هو تقييد «للمدونة» في السـفر البعيد ، وهو ظاهر في المعنى، وإذا وكل فهل له عزل الوكيل ؟

ابن عبد السلام : فيه تردد واختار بعض المحققين أن له عزله إلى بدل لا مطلقاً ، وأصل المذهب أنه إذا تعلق لأحد الغريمين حق بالوكالة أن لا يكون لمن وكله عزله .

خليل : وينبغي أن يقيد هذا بما إذا كان الموضع الذي يسافر إليه مأموناً ، وكذلك ينبغي إذا كان سفره سبباً لئلا يـوجد له ما يوفي الدين عند الأجل ، كما إذا عومل شخص لأجل صنعته ثم أراد السفـر وصنعته تتعذر عليه في السفر ؛ لأنا لو أجـزنا له السفر والحالة هذه أدى إلى أنه عند الأجل لا يوجد عنده ما يوفي الدين ، والله أعلم .

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٦١٠) .

(٢) « المدونة » (٥/ ٩٩) .

الثَّاني : بَيْعُ مَاله، فَيُبَاعُ الْحَيَوَانُ عَاجلاً، ويُقْسَمُ ولا يُكَلَّفُ الْغُرَمَاءُ أَن لا غَرِيمَ سِوَاهُمْ، فَإِنْ كَانَ مَعْرُوفاً بِالدَّيْنِ اسْتُؤْنِيَ به في الْمَوْت ، وقيلَ : وفي الْفَلَس ، وقَالَ أَصْبَغُ : يُنَادَى عَلَى بَابِ الْمَسْجد في مَوْته وفَلَسه كَمَا فَعَلَ عُمَرُ رَضيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وتُبَاعُ بِحَضْرَةِ الْمُفْلسِ بِالْخيَارِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ طَلَبًا للزِّيَادَة ، ويُسْتَأْنَى في بَيْعِ رَبْعه الشَّهْرَ والشَّهْرَيْنِ عَلَى الْمَشْهُور ....

أي : الحكم الثاني من أحكام الحجر ، واعلم أنه إذا قام الغرماء على المفلس فعلى القاضي أن يكلفهم إثبات ديونهم ، ثم يعذر فيما ثبت عنده على المفلس لكل واحد من دين صاحبه ، فإذا وقع التفليس أو العجز عن الدفع ؛ أمر كل واحد أن يحلف أنه لم يقبض من دينه شيئاً ولا أسقطه ، وأنه باق عليه إلى الآن على ما عرف في مثل هذا اليمين، وعلى القاضي أن يسمي الشهود الذين ثبت بهم حقوق الغرماء ، وإن لم يسمهم نفذ الحكم إن كانوا عدولاً وإلا فلا ، حكاه في «الطرر» ، فإن كان في الغرماء محجوراً عليه فهل يحلف المحجور عليه أو وصيه ، أو لا يمين على واحد منهما ويؤخر إلى رشده ؟ في المذهب ثلاثة أقوال للأندلسيين ، وحكاها في «المتيطية» في المرأة المولى عليها تقوم بصداقها ، قال : والمشهور أنها هي التي تحلف .

وأفتى ابن عتاب بأن يمين القضاء توقف عليها حتى تخرج عن الولاية ، فإن نكلت حينئذ عنها ردت ، ولو كان في عقد أحدهم أنه يصدق في الاقتضاء دون يمين ، فهل تسقط عنه اليمين إن كان مأموناً لأجل الشرط أو لا تسقط ؛ لأن الحق للغرماء قولا لابن العطار وابن الفخار ؟ قيل : يكلفهم إثبات ملكه لما يباع .

ابن عبد السلام : وإنما يتم هذا إذا قيل: إن القاضي لا يمكن الغرماء من أخذ ما وجد في حانوته أو داره من العروض التي تصلح للرجال وللرجال والنساء ، وظاهر المذهب أنه يقضى من ذلك ، بل قال أهل طليطلة : إنه يهجم عليه ويؤخذ له ما يعرف أنه للرجال ، وإذا استوفى الحاكم هذا باع ماله .

والترتيب في بيعه : أن يبدأ بما يخشى فساده ؛ كالفواكه التي لا تبقى ، ثم بالحيوان لسرعة تغيره ولأنه يحتاج إلى الإنفاق عليه فكان من حسن النظر بيعه ، وليس المراد بقوله: **(عَاجِلاً)** أنه يباع في مجلس واحد ، بل عدم الإطالة ، ثم بالعروض ، ثم بالعقار .

وذكر في «البيان»(١) خلافاً في العروض ، هل يستأنى بها الشهر والشهرين كالعقار ، أو الأيام اليسيرة كالحيوان ؟

وقوله : (**ويُقْسَمُ**) أي : ثمن المبيع مع ما له من ناض ، وطريق القسمة أن تعلم نسبة مال المفلس إلى مجموع الدين ، فمثل تلك النسبة يأخذ كل واحد منهم .

قوله : (**ولا يُكَلَّفُ الْغُرَمَاءُ أَن لا غَرِيمَ سِوَاهُمْ**) نبه بهذا على مخالفة هذا للورثة ، فإنهم حكوا الاتفاق على أن الورثة يلزمون بذلك ، والفرق أن عدد الورثة معلوم للجيران والأصدقاء وأهل البلد وغيرهم ، بخلاف الدين فإنه يعسر الاطلاع عليه ، وكثيرا ما يقصد الناس التخفي به .

واحترز بقوله : (**فَإِنْ كَانَ مَعْرُوفاً بِالدَّيْنِ**) من غير المعروف به فإنه لا يستأنى ، أي : ينتظر بقسم ماله في الفلس والموت بالاتفاق ، وهكذا صرح به بعض من تكلم على هذا المحل ، والمعروف بالدين يستأنى بقسم ماله في الموت اتفاقاً ؛ لاحتمال طروء غريم آخر ، واختلف في الفلس؛ ففي «المدونة» من رواية ابن وهب : لا يستأنى به ، وروى غيره الاستيناء كالموت .

اللخمي : وهو أحسن ، والفرق للأول أن ذمة المفلس باقية ، فلو طرأ غريم لتعلق حقه بذمته ، بخلاف الميت لزوال ذمته ، ولأن المفلس لو كان له غريم آخر لعلم به .

(**وقَالَ أَصْبغُ**...) إلخ ، أي : إذا فلس الغريم أو مات ينادى على باب المسجد في مجتمع الناس أن فلان ابن فلان قد مات أو فلس فمن كان له عليه دين أو له عنده قراض أو وديعة أو بضاعة فليرفع ذلك إلى القاضي .

أصبغ : وكذلك فعل عمر -رضي الله عنه- في الأسيفع .

وقوله يحتمل أن يكون عاما ، سواء قلنا بالاستيناء أو لا ، وهو الظاهر ، ويحتمل أن يريد أن هذه المناداة تقوم مقام الاستيناء .

واعلم أن قصة [الأسيفع](٢) إنما كانت في الفلس ، لكن يؤخذ منه الحكم في الموت بطريق الأولى ، لكن لم يذكر في الأثر : (يُنَادَى عَلَى بَابِ الْمَسْجِدِ) وإنما فيه أن عمر

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٠/٣٨١) .

(٢) في ط : الأسيفيع .

رضي الله عنه قال : **أما بعد ؛ أيها الناس ، فإن الأسيفع أسيفع جهينة رضي من دينه وأمانته بأن يقال : سبق الحاج ، إلا وإنه قد ادان معرضاً فأصبح قد رين به ، فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بينهم** .

وقوله : **(ويُبَاعُ بِحَضْرَةِ الْمُفْلِسِ بِالْخِيَارِ ثَلاثَةً)** هكذا رواه مطرف عن مالك ، وقاله ابن القاسم وسحنون لتوقع الزيادة ، وليس هو خاصا بالفلس ، بل في كل ما يبيعه الحاكم مما يوجبه حكمه ؛ كبيع مال اليتيم والغائب ، ولهذا جعل مدة الخيار ثلاثاً ، وإلا فيجوز في العقار الشهر ونحوه ، وفي الرقيق الجمعة ونحوها .

ابن عبد السلام : ولعل إحضار المفلس ليس بشرط في إنفاذ البيع ، وإنما هو من باب الكمال وأبلغ في قطع حجة المفلس ، وإلا فالحجر عليه مانع من بيعه ، ولو أراد الامتناع من البيع لم يكن له ذلك .

خليل : ونص في «الذخيرة»[1] على أنه مستحب ، ولا يبعد أن يكون ذلك على الوجوب للعلة التي ذكرنا .

وقوله : **(ويُسْتَأْنَى فِي بَيْعِ رَبْعِهِ الشَّهْرَ والشَّهْرَيْنِ عَلَى الْمَشْهُورِ)** أي : وينتظر ، ولم أقف على الشاذ ، وتكلم المصنف على ما يباع عاجلاً وهو الحيوان ، وما يطال فيه وهو الربع وترك ما بينهما ، وهو إشارة إلى أنه ينبغي أن يوسط بينهما بحسب النظر ، وإنما قال ما قال في الربع ونحوه ؛ لأنه يتنافس في أثمانه أكثر من غيرها .

وإِذَا اخْتَلَفَتِ الدُّيُونُ قُوِّمَ مُخَالِفُ النَّقْدِ حِينَ الْفَلَسِ واشْتَرَى بِمَا صَارَ لَهُ مِنْ سِلْعَتِهِ

مثاله : أن يكون للواحد عرض وللآخر طعام وللآخر نقد ، فيقال : كم يساوي عرض هذا وطعام هذا ؟ فإذا قيل : كل واحد منهما يساوي مائة ، وكان النقد مائة ؛ كان المال بينهم أثلاثاً ، واشترى لصاحب العرض بما نابه من جنس عرضه ، هذا معنى قوله : **(بِمَا صَارَ لَهُ)** من الصيرورة .

وفي بعض النسخ **(بما طار)** من الطيران ، والمعنى متقارب .

والمعتبر في هذه القيمة يوم التحاصص على المشهور ، وهو مراده بقوله : **(حِينَ الْفَلَسِ)** لكن تسامح في العبارة .

---

(١) « الذخيرة » (٨/ ١٦٧) .

وقال سحنون : يقوم المؤجل منهما يوم الفلس على أن يقبض إلى أجله ، وألزم أن يقوم العين المؤجل كذلك ولا قائل به .

الباجي[١] **وصاحب «المقدمات»**[٢] : فإن تأخر الشراء حتى غلا السعر أو رخص فلا ، وإنما يكون التحاسب بينه وبين الغريم .

وقال المازري : لو تغير السعر حتى صار يشتري به أكثر مما كان يشتري له يوم قسم المال؛ فالزائد بين الغرماء ويدخل معهم فيه ويصير كمال طرأ للمفلس .

وذهب ابن الماجشون إلى هذا الفضل الذي حدث بمقتضى اختلاف السعر ، يستبد به هذا الغريم الموقوف له المال ويشتري له بما بقي له في ذمة المفلس ، بناء على ما أصله أن نصيبه ما وقف من ذلك ممن له الدين .

الباجي[٣] : فإذا اشترى له مما عليه من السلم اعتبر في ذلك الصفات التي وصفها ، فإن وصفه بأنه جيد ، فقال ابن عبد الحكم : يشتري له أدنى تلك الصفة ، وقيل : أوسطها .

وَلا يُدْفَعُ فِي طَعَامٍ مُسْلَمٍ فِيهِ وَلا عَرَضٍ ثَمَنٌ ، إِلا أَنْ يَكُونَ قَدْ أَسْلَمَ عَرْضاً فِي عَرْضٍ

يعني : أن ما ذكره من الشراء بما صار له من سلعته إنما هو عند التشاح ، وأما إن رضي الغرماء بأن يأخذوا ما نابهم من الثمن ؛ فذلك جائز ، إلا أن يمنع منه مانع ، كما لو أسلم في طعام أو عرض .

مثاله : لو أسلم عشرين درهماً في إردبين قمحاً ، أو في ثوبين ونابه في الحصاص عشر مثلاً ؛ فلا يجوز أن يأخذها ، لأنه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفي ، ويدخله أيضاً البيع والسلف إلا أن يكون رأس المال عرضاً آخر ، كما لو أسلم عبداً في ثوبين فصح له قيمة الثوب وبقي ثوب ؛ فيجوز له أخذ تلك القيمة ، لأن حاصل أمره أنه دفع عبداً في عبد وثوب ، وإلى هذا أشار بقوله : (**إِلا أَنْ يَكُونَ قَدْ أَسْلَمَ عَرْضا فِي عَرْضٍ**) وكذلك يمتنع في الصورة التي ذكرها المصنف إذا كان رأس المال ذهباً وأراد أن يأخذ عنه فضة أو بالعكس؛ لأنه صرف مؤخر .

---

(١) « المنتقى » (٥/٨٧) .

(٢) « المقدمات » (٢/٣٢٨) .

(٣) « المنتقى » (٥/٨٧) .

وبالجملة فَأجْرِ هذا الفصل على حكم الاقتضاءات ، فإن القاضي كأنه نائب عن المفلس، فلا يجوز أن يدفع للغرماء إلا ما يجوز للمفلس دفعه إليهم ، ولم يجعلوا دخول القاضي رافعاً للتهمة .

وقيل : إنه رافع لها ؛ فتجوز كل مسألة منعت للتهمة .

وإِذَا هَلَكَ نَصِيبُ الْغَائِبِ بَعْدَ عَزْلِهِ فَمِنه

يعني : إن كان بعض الغرماء غائباً فعزل القاضي له نصيبه ثم هلك ؛ فمصيبته منه ، لأن القاضي كوكيله ، وحكى التونسي وابن يونس الاتفاق على ذلك .

وقوله : (فَمنه) أي فمن الغائب .

فَإنْ ظَهَرَ غَرِيمٌ رَجَعَ عَلَى كُلِّ واحِدٍ بِمَا يَخُصُّهُ

يعني : إذا قسم الغرماء مال المفلس أو الميت ثم ظهر غريم آخر لم يعلم به ؛ فإنه يرجع على كل واحد بما ينوبه في الحصاص لو كان حاضراً ، ولا يأخذ مليا عن معدم ، ولا متاع حي عن ميت .

واحترز بقوله : (ظَهَرَ) مما لو كان حاضراً وسكت ، فإنه لا رجوع له على من قبض من الغرماء اتفاقاً ، ومثال ما ذكره المصنف مسألة «المدونة» : إذا كان لكل واحد من ثلاثة رجال مائة غاب أحدهم ولم يعلم به وبيد المفلس مائة واقتسمها الحاضران ، فإن القادم يتبع كل واحد بسبعة عشر إلا ثلثاً .

ابن القاسم : ولو وقف نصيب غائب فضاع ؛ لضمن الغائبُ للطارئ حصته ، لأنه لما وقف له صار بذلك كأنه أخذه في يده فوجب أن يرجع عليه الطارئ بحصته منه .

ابن يونس (١) : وإذا غرم للطارئ حصته من الموقوف رجع بمثل ذلك في ذمة المفلس والميت؛ لأنه قد استحق ذلك مما وقف .

واعترض التونسي ما قاله محمد هنا بالوارث يطرأ على الوارث ، فإنه لا يضمن له ما هلك بيده إذا هلك ، والمشتري يهلك ما بيده ثم يستحق ؛ فإنه لا يضمن للمستحق شيئاً ، ويرجع المستَحِق بثمن المستَحَق على من قبضه ، أو بقيمته على من غصبه ، فيلزم في الغريم الموقوف له ألا يضمن للطارئ شيئاً ، وفرق ابن يونس بين الوارث والغريم بأن

---

(١) الجامع لابن يونس (٥ / ٥٢٠) .

الغريم دينه من معاوضة ، فما هلك بيـده فهو منه ، لأنه ضمن بما دفع فيه ، والوارث لم يضمن في ذلك ثمناً وداه ، فوجب أن يكون هلاك ما قبض إذا هلك بأمر الله من الميت .

وَكَذَلِكَ لَوِ اسْتُحِقَّ مَبِيعٌ

يعـني : وكذلك لو بيع بعض مال المفلس فخرج مستحقاً ، فإن المشتري يرجع على كل واحد بما ينوبه .

ونص ابن عبد السلام على أن ما استحق مما باعه المفلس قبل تفليسه كذلك .

وَلَوْ كَانَ مَشْهُوراً بِالدَّيْنِ ، أَوْ عَلِمَ الْوَرَثَةُ وَأَقْبَضُوا بَعْضَ الْغُرَمَاءِ؛ رَجَعَ مَنْ بَقِيَ عَلَيْهِمْ، ثُمَّ رَجَعُوا هُمْ عَلَى الْغُرَمَاءِ ....

يعني : أن ما قدمه من رجوع القادم على الغريم القابض إنما هو إذا لم يكن الورثة عالمين بالدَّين الباقي ، أو كان غير مشهور بالدين ؛ فإن القادم يرجع على الورثة ، أما مع علمهم فظاهر لتعـديهم ، وأما مع شهـرته بالدين فلاستـعجالهم ، فلذلك يـرجع عليهم أو على الوصي ، ثم يرجع الورثة أو الوصي بذلك على الغـرماء الذين اقتـضوا أولاً ، وهكذا في «المـدونـة»[1] في باب المديان ، وقال في باب بعد هذا : إذا قـضى الورثة لمن حضر وهم يعلمون بدين القادم ، فإنه إن وَجد الغـرماء معدمين رجع على الورثة بما ينوبه من ذلك ثم رجع الورثة بما أدوا من ذلك على الغرماء الأولين .

ومقتضى قوله : (فإن وجد الغرمـاء معدمين رجع على الورثة) أنه يبدأ بالغرماء بخلاف الأول ، وحمل اللخمي وغيره ذلك على الخلاف .

ابن عبد السلام : وهو الظاهر .

اللخـــمي : والقول بالبـداية بالغريم أحـسن ، إلا أن يكون تناول من الوصي أو الولي الأقرب بالأمر البين ؛ لأن معه ناضاً أو كان الغرماء غير مليين أو غائبين ؛ فيبدأ بالوارث أو الوصي بالاتفاق ، انتهى .

وقال ابن يونس : بل الثاني والأول سواء ، وإنما أراد أنهم يخيرون بين أن يرجعوا على الورثة أو الوصي ، وبين أن يرجعـوا على الغرماء ، وخرج بعضـهم على رواية أشهب أن الورثة إذا عَزلوا للدين أضعافه وباعوا ليرثوا ؛ أن الـبيع باطل ويفسخ ويكون لجميع الغرماء

---

(١) « المدونة » (٥/٢٠٧) .

إذا لم يحضروا أخذ السلعة من أيدي المشترين ، إلا أن يشاء المشترون أن يدفعوا قيمة ما بأيديهم أو ثمنه أو بعضه إن كان قائماً .

ابن عبد السلام : وفي التخريج نظر ؛ لأن مذهب أشهب في من اشترى سلعة شراء فاسداً وقبضها ودفع ثمنها أن له أن يمسكها على سبيل الرهن حتى يأخذ الثمن الذي دفعه، انتهى .

المازري : ولا يختلف أن الورثة منهيون عن البيع قبل الدين ، فإن فعلوا فللغرماء فسخ ذلك إن لم يقدروا على أداء الدين إلا بالفسخ ، وأما إن قضاه الورثة من أموالهم وأسقط الغرماء حقوقهم ؛ فالأشهر من المذهب أن البيع لا ينفسخ ، لأن النهي عن البيع لحق المخلوقين وقد سقط ، ومقابل الأشهر رواه أشهب فذكر ما تقدم .

تنبيه : وقد تبين لك موافقة كلام المصنف «للمدونة» ، وعلى هذا فقوله: (**وَلَوْ كَانَ**) أي : الميت ؛ لأن قوله : (**كَانَ مَشْهُورا بِالدَّيْنِ**) قسيم لقوله : (**أَوْ عَلِمَ الْوَرَثَةُ**) وعلم الورثة إنما هو مع الموت فكذلك قسيمه ، ولأن قوله : (**رَجَعَ مَنْ بَقِيَ عَلَيْهِمْ**) أي : على الوارث، والوارث إنما يكون في الموت ، وليوافق مذهب «المدونة» ، وقول **ابن عبد السلام**: إن المصنف هنا جمع بين [الفلس والموت](١) وهو خلاف «المدونة» ، ليس بظاهر .

وإِذَا رَجَعَ عَلَى الْوَرَثَةِ فَلْيَأْخُذ مِنَ الْمَلِيِّ عَنِ الْمُعْدَمِ مَا لَمْ يُجَاوِزْ مَا قَبَضَ الْوَارِثُ بِخِلاف الْغُرَمَاءِ ....

يعني : إذا توجه الغرم على الورثة ؛ فإما أن يجدهم أملياء ، أو عدماء ، أو بعضهم أملياء ، فالأملياء يرجع على كل واحد بما ينوبه ، والعدماء لا رجوع له على واحد منهم ، وإن وجد بعضهم معدماً ؛ فإنه يأخذ من الملي الأقل من دينه أو ما قبض ، لأنه إن كان دين القائم أقل وقبضه سقط ما نابه ، وإن كان ما قبض أقل لم تلزمه الزيادة ، لأنه لو لم يقبض شيئاً لم يلزمه غرم البتة .

وقوله : (**بِخِلاف الْغُرَمَاءِ**) أي : فإنه إنما يأخذ كل واحد بما ينوبه ، والفرق تساوي الغريم الطارئ مع الغرماء بخلاف الورثة ؛ إذ لا يستحق واحد منهم ميراثاً إلا بعد قضاء الدين .

---

(١) في بعض النسخ : المفلس والميت .

ابن عـبد السـلام : وينبغي إذا علم الغرماء بالـغريم الطارئ أنه يكون كالوارث ، ويأخذ الملي عن المعدم ، وكـذلك ينبغي في الورثة إذا علموا أن يرجع على كل بمبلغ التـركة كلها إلا بما قبضه ، والله أعلم .

فرع : واختلف في طريان وارث على وارث وموصى له على موصى لهم ، فقال ابن القاسم ، ورواه عن مالك : هو كطريان غريم على غرماء ، فلا يأخذ مليا عن معدم .

وقال أشهب وابن عبد الحكم : كطريان غريم على ورثة ، فيقاسم الملي منهم في جميع ما صار له ، كأن الميت لم يترك غيرهما ، ثم يرجعان على سائر الورثة ، وكذلك الموصى لهم حتى يعتدلوا .

وإذَا تَلفَ مَالُ الْمُفْلِسِ ، فَثَالثُهَا : إنْ كَانَ عَرْضاً فَمِنْهُ ، وإِنْ كَانَ عَيْناً فَمِنْهُمْ ، ورَابِعُهَا : إِنْ كَانَ مُفْلِساً فَمِنْهُ ، وإِنْ كَانَ مَيِّتاً فَمِنْهُمْ

وقوله : (**الْمُفْلِسِ**) يريد أو الميت ، ودل على حذف هذا المعطوف تفصيله في القول الرابع بين الفلس والموت ، فإن تفصيله في هذا القول يدل على أن الثلاثة المتقدمة علمت ، ويحتمل أن يكون أطلق المفلس على الحي والميت ، وذكر المصنف أربعة أقوال :

الأول : أن ضمانه من المفلس حتى يصل إلى الغرمـاء عيناً كان أو عرضاً ، رواه أشهب عن مالك ، وقـاله ابن عبد الحكم ، واختـاره اللخمي وابن عبـد السلام ؛ لأن ذلك المال ماله فـيبقى ضمـانه منه حتى يتحـقق الناقل ، ولا ناقل سوى ما تعلق به من حق الغـرماء وتعلق حقهم بتلك العين أو العـرض تعلق عام ، وحق المديان متعلق بأعيـانها ، ومثل هذا من التعارض يـوجب رجحان الإضافة للمـديان ، ولأن من حق الغرماء التوفـية في الكيل والوزن ، وكل ما كان قبل ذلك فهو في ضمانه حتى يوفى لهم .

الثاني : أن ضمان ذلك من الغرماء من حضر أو غاب ، ومن علم منهم ومن لم يعلم، كان دينه عرضاً أو غيره ، ورواه ابن الماجشون عن مالك ، وقال به هو وابن المواز .

الثـالث : إن كان مال المفلس عرضاً فضمانه منـه ، وإن كان عيناً فضمانه من الغرماء ، قاله ابن القاسم ورواه عن مالك ، وقيده بعض القرويين وصاحب «المقدمات»[1] بما إذا كان العرض مخـالفاً لدينهم ؛ بأن تكون ديونهم عيناً أو عـرضاً مخالفاً ، وأمـا إن كانت مماثلة

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٣٢٥) .

فمصيبتها منهم ؛ لأنهم يتحاصون فيها ولا يحتاجون إلى بيعها ، وأبقاه المازري وغيره على إطلاقه ، ورأوا أن الديون وإن كانت عروضاً فإنما يستحق الغرماء العروض بقيمتها من العين ، وعورض ابن القاسم في قوله : إن ضمان العين من الغرماء ، بأن المفلس لو اشترى منها سلعة بعد الإيقاف كان كماله ، ولما عورض بهذا سكت .

وأجاب المازري بأنه متعد في التصرف ، ومن تعدى على دنانير أو دراهم فتجر فيها فربحها له ، قال : ولعله سكت استثقالاً للمعارضة التي هي كالمناقضة .

والقول الرابع من كلام المصنف لأصبغ ، وزاد المازري والمتيطي خامساً : أن مصيبة الدنانير ممن له الدنانير ، ومصيبة الدراهم ممن له الدراهم ، وعزي للمغيرة .

ابن عبد السلام : وقول ابن القاسم على نقله في «المقدمات» قريب منه ؛ لقوله بعد ذكر قول ابن القاسم : فتحصيل مذهبه أن ما يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغريم ؛ لأنه إنما يباع على ملكه ، وما لا يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغرماء .

ومنشأ الخلاف : هل الحاكم كوكيل عنه ؛ لأن الأصل استصحاب ملكه ، وما لا يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغرماء ، ولأنه لو حصل ربح لكان له وهو وكيل عنهم والمال محاز عنه وقد منع من التصرف فيه ، ولا يخفى وجه من قال بالفرق ، وهذه الأقوال إذا كان الوقف على يد حاكم ، ولو تولى ذلك الغرماء أو الورثة لكان ذلك من المديان ، والله تعالى أعلم .

وَيُتْرَكُ عَلَى الْمُفْلِسِ كِسْوَتُهُ الْمُعْتَادَةُ لِمِثْلِهِ ، وَقِيلَ : مَا يُوَارِيهِ

احترز بالمعتادة من التي للزينة فإنها تباع ، والشاذ لابن كنانة ، وروى ابن نافع عن مالك : أنه لا يترك له شيء ، وظاهره ولا ما يواريه ، ولكن رده ابن رشد[1] بقول ابن كنانة، وقول ابن كنانة هو القياس ، ورأى في المشهور أن العرف جرى باستثناء الثياب المعتادة .

ابن القاسم : وإن كان له ثياب فيها فضل عن لباس مثله بيعت .

اللخمي : يريد ويشتري دونها ، ويترك له أيضاً على المشهور -إذا اختلفت الكسوة

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٣٥٣) .

لولده- الكسوة لـولده الصغار ، وشك مـالك في كسوة زوجـته ، هكذا أضـاف صاحبُ «البيان»[١] وأكثرُهم الشكَّ لمالك ، وأضافه اللخمي لابن القاسم ؛ أي : شك هل سمعها من مـالك أم لا ، لا أنه شك في الحكم ؛ لأن الزوجـة ألزم من الولد ، فـإذا ترك للولد فأحرى للزوجة ، وقال سحنون : لا يترك لها كسوة .

اللخمي : وعلى هذا لا يترك للولد ، وهو أبين ، وحسبهم ما كان عليهم ، قال : ولا أرى أن يستأنف أيضاً لها كسوة .

قال في «البـيان»[٢] : واتفق على أنه لو كساها قبل التفليس كـسوة لا فضل فيها عن كسوة مثلها وهو قائم الوجه ؛ أنه لا ينزع منها ، ويبـاع ثوب جمعته إن كانت له قيمة وإلا فلا ، ويباع عليه ما كان للقنية والتجارة ؛ داره ، وخادمه ، ودابته ، وسرجه ، وسلاحه .

ابن القـــاسم : وخاتمه ، ومنع أشهب بـيع الخاتم ، والأول أظهر ، ويباع مصـحفه ، واختلف في بيع كتب الفقه عليه ، والخلاف في ذلك جار على الخلاف في جواز بيعها من حيث الجملة ، فكرهه مالك مرة ومنعه أخرى .

قال في «الموازية »: لا تبـاع في الدين ولا تورث ، ووارثه وغيره ممن هو أهل لقـراءتها سواء .

ووجَّـهه البـاجي[٣] بأن طريقه النظر وليس مقـطوعاً بصحتها ، والمشـهور الذي عليه الجمهور : جواز البيع .

ابن عبد الحكم : وقد بيعت كتب ابن وهب بثلاثمائة دينار وأصحابنا متوافرون حاضرون وغيرهم فما أنكروا ذلك ، وكان أبي الوصي .

المـــازري : وأما تكفين ولده فـجار أيضاً على ما ذكرناه في ولـده الحي ، وأما الزوجة فكذلك أيضاً يجري الأمر في تكفينهـا إذا قلنا : إنه لازم للزوج على أحد القولين على ما قدمناه من الكلام في كسوتها وهى حية ، واختلف العلماء هل تكفن بثوب أو ثلاثة ؟

قال : ويتخرج عندي على الخلاف في ثوبي الجمعة ؛ لأن التكفين في الثلاث مستحب

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٣٥٣) .
(٢) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٣٥٣) .
(٣) « المنتقى » (٥/ ٨٥) .

كثوبي الجمعة ، قال : وكان شيخنا يتردد في بيع آلة الصانع كمرزبة الكمَّاد ومطرقة الحداد، قال : ويؤخذ حكمه مما تقدم ، فإن كان يسيراً ولا يصلح أن يقيم أوده إلا منه ؛ لم يبع ويصير مثل نفقة الأيام .

ويُتْرَكُ عَيْشُهُ وعَيْشُ زَوْجَتِهِ وولَدِهِ نَحْوَ الشَّهْرِ

هكذا لمالك في «الموازية » و«الواضحة» ، ولم يقيد ذلك في «الموازية » ، بل في الزكاة الثاني : يترك له ما يعيش به هو وأهله الأيام ، وحملها في «البيان»[1] على العشرة ونحوها، قال : وليس بخلاف للقول الذي وقع فيه الشهر ، وإنما هو على قدر الأحوال ، وما جرى عليه العرف من التقوي في ذلك المكان ، قال : والمراد بالأهل في «المدونة» أزواج المفلس ومن تلزمه نفقته من رقيقه وولده ، وأمهات أولاده ومدبرته ، وكذلك قال المازري :

والتحقيق أن يترك له نفقة اليومين والثلاثة خوفاً من كسله أو مرضه في غده وما بعده.

وما ذكره المصنف هو المشهور ، ولمالك في رواية ابن نافع: لا يترك له شيء .

ولا يَلْزَمُهُ أَنْ يَكْسِبَ

أي : لقوله تعالى : ﴿ **وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ** ﴾ [البقرة: ٢٨٠] ورأى اللخمي أن الصانع يجبر على التكسب؛ لأنه على ذلك عومل بخلاف التاجر ، قال : وعلى التاجر تكلم مالك ، قال : وكذلك يجبر على العمل إذا باع منافعه ؛ مثل أن ينسخ لرجل ثياباً أو يخيط ثياباً مدة معلومة ، قال : ويفترق الجواب إذا كان محتاجاً إلى ما ينفق ، فإن الصانع يتداين ليعمل ويقضي ، فإنه يبدأ بنفقته ونفقة عياله ، ثم يقضي دينه من الفاضل .

وإن باع منافعة مدة معلومة بدئ بالذي استأجره وإن أدى ذلك إلى أن يتكفف ؛ لأن منافعه صارت ملكاً لمن اشتراها فأشبه من باع سلعة ولم يسلمها حتى افتقر ؛ فإنه يسلمها وإن تكفف ، إلا أن يخاف عليه الموت فيخير الذي استأجره بين أن يسلفه ما يعيش به دون عياله حتى يتم عمله ، أو يتركه فيعمل عند غيره بمثل ذلك ؛ لأنه إن منع هلك ، ولا ينتفع المستأجَر بشيء .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٠/٣٥٣) .

ولا يُؤَاجِرَ مُسْتَوْلَدَتَهُ بِخلاف مُدَبَّرَتِه ، ولا يَنْتَزِعَ مَالَهُمَا ، ولا أَنْ يَعْتَصِرَ مَا وَهَبَه لِوَلَدِه

يحتمل أن يقرأ : (**ولا يُؤَاجِرَ**) على البناء للمفعول ؛ أي : لا يؤاجر القاضي أم ولده ، لأنه لم يبق له فيها إلا الاستمتاع ، بخلاف المدبر فإنه يؤاجره عليه لبقاء الخدمة له ، ويحتمل أن يقرأ بجزم الراء على النهي عائدٌ على الحاكم أو على المفلس ، ويحتمل أن يقرأ بالنصب عطفاً على (يتكسب) وهو أقرب إلى لفظه .

ألا ترى أن قوله بعد : (**ولا يَنْتَزِعَ مَالَهُمَا**) وما بعده لا يصح فيه إلا النصب ، لكن يرد على هذا أنه لا يلزم من قوله : (أن يؤاجر أم ولده) ألا يجوز له إجارتها ، بل قد يفهم منه جواز الإجارة.

ألا ترى إلى قوله : (**ولا يَنْتَزِعَ مَالَهُمَا**) فإنه أشار بذلك إلى أنه يجوز له أن ينتزع ، وإنما المنع أن يجبر على الانتزاع وإجارتها لا تجوز على المذهب ، وفي معنى المدبرة المعتقة إلى أجل ونحوها ممن للسيد فيها الخدمة .

وقد نص ابن شاس[1] وغيره على أن المدبرة يؤجرِّها المفلس ، وبه تعلم أن ما وقع في بعض النسخ (ولا مدبرة) ليس بجيد ، وما ذكره أنه لا يلزمه انتزاع مال المدبر وأم الولد هو في «المدونة» ، ورآها من معنى التكسب ، وهو غير لازم ؛ ولأنهم لم يعاملوه إلا على ملكه، فليس لهم الجبر على انتزاع ملك الغير .

وفي سماع ابن القاسم عن مالك من حبس حبساً وشرط إن شاء المحبس عليه أن يبيع باع ؛ فلغرمائه أن يبيعوه عليه .

صاحب المقدمات[2] وابن زرقون: فيتخرج من هذا قول بلزوم الانتزاع ولزوم الاعتصار.

ولا يَشْفَعَ ولا يَستَسلِفَ ولَوْ بُذِلَ لَهُ

ولا يلزمه أن يشفع ولا أن يستسلف ولو بذل السلف له وكذلك لا يلزمه قبول هبة أو صدقة أو وصية ، وإنما لم يلزمه أن يشفع وإن كان فى الأخذ بالشفعة ربح ؛ لأنه تسلف وتجر وهو غير لازم ؛ لأنه لا تلزمه عهدة بالشفعة ، ولم يلزمه السلف ؛ لأنه استدانة أخرى ، نعم لو رضي أحد أن يسلف الطالب ما له على المطلوب ثم يرجع به على

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٦١٣) .

(٢) « المقدمات » (٢/ ٣٢٤) .

المطلوب لم يكن للمطلوب مقال ؛ لأن المعروف إنما هو للطالب بالمطلوب إلا أن يفعل ذلك قصداً للضرر ، واختلف العلماء فيما لو باع المديان سلعة بخيار ، ثم اشتراها كذلك ، ثم حجر عليه فأراد الإمضاء في المسألتين أو الفسخ فيهما ومنعه الغرماء من ذلك ، وأجرى ذلك المازري على الخلاف في الخيار هل هو منحل أو منعقد ؟

وَلَا يَعْفُوَ عَنْ دَمِ الدِّيَةِ

يحتمل أن يكون منقطعاً عما قبله فيكون مجزوماً ؛ أي : لا يلزمه أن يعفو عن دم وجبت فيه الدية ؛ لتعلق حق الغرماء بها ، ويحتمل أن يكون منصوباً بالعطف ؛ أي : لا يلزمه أن يعفو عن دم وجب له ليأخذ الدية ، بل له أن يقتص ، وقد ذكر الفرعين صاحب «الجواهر»[1] .

وقد تقدم ما يغني عن الاحتمال الثاني بقوله : (وكذلك طلاقه وخلعه واستيفاء القصاص) وعلى الاحتمال الأول يكون دم الدية مضافاً ومضافاً إليه ، وعلى الثاني يكون الدم منوناً والدية مجرورة بلام الجر .

وقال المصنف على الاحتمال الأول : (**دَمِ الدِّيَةِ**) ولم يقل : (دم الخطأ) ليشمل المأمومة والجائفة عمداً ونحوهما مما لا يقاد منه ، والله أعلم .

وَلَوْ وَرِثَ أَبَاهُ بِيعَ وَعَتَقَ فَضْلُهُ ، وَلَوْ وُهِبَ لَهُ عَتَقَ .

يعني : وإن ورث المديان من يعتق عليه أباً أو غيره ، فقال ابن القاسم : يباع إن استغرقه الدين ، وإن لم يستغرقه بيع منه بقدره وعتق الباقي ، وهو معنى قوله : (**وَعَتَقَ فَضْلُهُ**) فإن لم يمكن بيع بعضه بيع جميعه ويتملك الفاضل ، ولا يبعد استحباب التصديق به ، وخالف محمد ، فقال : لا يباع به ، قال : وهو مثل الصبي والمولى عليه ، فإنه يعتق عليهما من ورثاه ؛ لأنه يجب حفظ مال المفلس على غرمائه كما يجب حفظ مال الصبي والسفيه عليهما ، ونص أشهب أيضاً على العتق في مسألة الإرث ، وقد يقال : وهو جارٍ على المشهور ؛ أعني : أن عتق القرابة يحصل بمجرد الملك ولا يتوقف على حكم .

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٦١٤) .

وأما على قول ابن القاسم فإنه يظهر إذا بنينا على أنه إنما يعتق بالحكم كما بينه بعضهم، إلا أن يقال : من شرط العتق بالقرابة ألا يوجد هناك مانع وهو هنا قائم وهو حق الغرماء .

ولو وهب للمديان قريبه لعتق عليه ، **ابن القاسم** : لأنه لم يوهب له ليأخذه غرماؤه وإنما قصد به العتق .

صاحب «المقدمات»[1] **وغيره** : وانظر هذا لو وهبه وهو لا يعلم ممن يعتق عليه ، وجزم ابن يونس والمازري وغيرهما بأنه يباع في الدين ؛ لأنه لم يقصد به العتق .

وفي انْفِكَاكِ الْحَجْرِ مِنْ غَيْرِ حَاكِمٍ قَوْلانِ

يعني : إذا قسم مال المفلس وحلف على أنه لم يكتم شيئاً ووافقه الغرماء على ذلك ، فهل ينفك الحجر من غير احتياج إلى حكم حاكم وهو قول اللخمي .

ابن عبد السلام : وهو أكثر نصوصهم ، أو لا ينفك إلا بحكم حاكم ، وهو قول القاضيين ابن القصار وعبد الوهاب[2] ؟

ابن راشد : والأول جارٍ على مذهب ابن القاسم في المحجور عليه لسفه أن الحجر يزول عنه برشده في نفسه من غير ترشيد حاكم ؛ لأن العلة في الحجر السفه ؛ وهو خوف إتلاف المال ، والعلة إذا زالت زال المعلوم به .

وقول القاضي عبد الوهاب جارٍ على القول المعمول به أن المحجور عليه لسفه لا يخرج من الحجر إلا بترشيد الحاكم .

الثَّالِثُ : حَبْسُهُ

أي : الحكم الثالث من أحكام الحجر حبس الغريم عند دعواه العجز ما لم يظهر عدمه ويثبت فقره .

قال في «المقدمات» [3]: ولا خلاف في هذا بين فقهاء الأمصار وقول ابن عبد السلام في جعل الحبس من أحكام المفلس نظر ؛ لأن المفلس يجب إنظاره من غير حبس ليس بظاهر.

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٣٢٤) .

(٢) « المعونة » (٢/ ١٦٧) .

(٣) « المقدمات » (٢/ ٣٠٧) .

ويُحْبَسُ الْمُعَانِدُ والْمَجْهُولُ الْحَالِ

يحتمل أن يريد بالمعاند معلوم الملاء ، ويحتمل أن يريد من هو ظاهر الملاء ، وللغريم ثلاثة أحوال : مليء ، ومجهول الحال ، ومعدم .

والمليء ينقسم إلى قسمين المشار إليهما ؛ أعني : معلوم الملاء ، وظاهر الملاء ، ولنتكلم على كل واحد .

فأما معلوم الملاء : فمثلوه بأن يأخذ أموال الناس ويقعد للتجارة ثم يدعي ذهابها ، ولم يظهر ما يصدقه من احتراق منزله أو سرقة أو نحوها ، فيحبس حتى يؤدي أموال الناس أو يموت في السجن .

سحنون : ويضرب بالدِّرَّةِ المرة بعد المرة ، ولو أدى إلى إتلاف نفسه حتى يؤدي أموال الناس .

ابن رشد [(١)]: وليس بخلاف ، قال مالك : يضرب الإمام الخصم على اللَّدَدِ ، وأيُ لدَدٍ أعظم من هذا .

عياض : ولا يؤخذ منه حميل ، إلا أن يلتزم الحميل دفع المال ، والصواب لا يؤخر ساعة إن عرف بالناض ، وإن لم يعرف به ، فقالوا : يؤخر مقدار ما يبيع عروضه فيحبسه على ظاهر الروايات وعند أكثر الشيوخ ، وقال غيره : لا يؤخر ويباع عليه لحينه ، واختلف هل يحلف على إخفاء الناض إذا لم يكن معروفاً به ، فقال ابن دحون : يحلف ، وقال أبو علي : لا يحلف ، قال ابن زرب : إن كان من التجار حلف وإلا فلا ، وهو على الخلاف في يمين التهمة .

واختلف هل يؤخذ من هذا حميل بالمال أو يسجن حتى يبيع ؟ أما إن كان صاحب العرض مُلِدًّا وسأل التأخير إلى بيع عروضه ، وسأل أن يعطى حميلاً حتى يبيعها ؛ ففيه خلاف أيضاً ، ذهب كثير منهم إلى أنه يلزمه حميل بالمال في رواية أبي زيد عن ابن القاسم، ونحوه فيمن عرف له مال غائب ليس عليه حميل ، إلا أن يخشى عليه أن يموت أو يغيب عنهم .

ابن عتاب : وهي رواية ضعيفة ، وذهب معظم الشيوخ إلى أنه يعطى حميلاً بالمال إلى أن يباع أو يسجن ، ونحوه لسحنون في كتاب ابنه .

---

(١) « المقدمات » (٢/٣٠٨) .

قال أبو بكر بن عبد الرحمن : وليس للإمام أن يبيع عليه عروضه كما يبيعها على المفلس ؛ لأن المفلس قد ضرب على يديه ومنع من ماله .

ابن عبد السلام : وإذا علم يساره وجهل القاضي كونه من أهل الناض كلفه إثبات البينة بذلك ، فإن أثبت أُجِّلَ في بيع عروضه ، قالوا : ويؤجل في بيع ربعه إن لم يكن له غيره نحو الشهرين ، ويعطى حميلاً بالمال عند أكثر الشيوخ ، وقال ابن مالك : بل بالوجه ، وقال سحنون : لا يلزمه حميل .

وأما مَنْ ظاهره الملاء ولم يعلم ملاؤه ولكن يتهم على إخفاء المال ، فقال سحنون وغيره: يسجن حتى يتبين أمره ، سحنون : ولا يؤخذ منه حميل ، وفهموه على أنه يريد حميل الوجه ، وإن طلب أخذ الحميل منه ليخرج في طلب منافعه ويرجع إلى السجن ؛ فإن عجز أخذ منه .

واختلف في قول ابن القاسم وسحنون ، فقيل : خلاف ، وقيل : وفاق .

فيحمل قول سحنون على أنه ملد ظاهر الملاء ، وقول ابن القاسم على غيره ، وأما مجهول الحال فيحبس ليُستبرأ أمره ، قاله مالك في «الموازية » ، وقد اختلف فيما يحمل عليه حال هذا المجهول على ثلاثة أقوال .

اللخمي : وهو المعروف من المذهب أن يحمل الغريم على اليسر من غير اعتبار لحاله ، ولا للسبب الموجب للدين .

وقال مالك في «المبسوط» : إنه يحمل على العدم حتى يقوم دليل بملائه ؛ لأنه قال : لا يحبس إلا التاجر.

وقيل : إن كان الحق عن عوض فهو على الملاء ، وإن كان عن غيره كنفقة الأب والابن فهو على العدم ، قاله ابن القاسم وأشهب وابن كنانة وسحنون ، واختلف على هذا القول هل ذلك إذا كان العوض مما يتملك أم لا؟ فحمل ابن القاسم وأشهب ذلك محملاً واحداً.

وقال ابن كنانة وسحنون : إن كان العوض مما يتملك ويتمول فهو محمول على الملاء ، وإن كان مالاً يُتمول كالصداق الذي هو عوض ما لا يتمول ، وكأرش الجراح فهو محمول على العدم ، وسيأتي الكلام على المعدم .

فَإِنْ سَأَلَ فِي الْيَوْمِ ونَحْوِهِ بِحَمِيلٍ آخَرَ

أي : سأل مجهول الحال ، وهو الظاهر ، ويحتمل عوده عليه وعلى أحد قسمي

المعاند؛ أعني : ظاهر الملاء ، وفيه بُعْدٌ ؛ لعود الضمير على بعض المعاند ، إلا أن يقال : إنه لم يرد بالمعاند إلا ظاهر الملاء ، لكن يبقى فيه بُعْدٌ لوجه آخر ، وهو أنه قد يكون ترك النص على معلوم الملاء ، ولا يصح أن يعود الضمير في سأل على معلوم الملاء ؛ لأنه لا يؤخذ منه حميل كما تقدم .

وفي كلام المصنف ما ينبِّئ عنه ، ويتبين له ذلك بذكر حكم المجهول وظاهر الملاء .

أما مجهول الحال : فظاهر «المدونة» يحبس قدر ما يتلوم من اختبار حاله ، أو يأخذ عليه حميلاً .

عياض : ولم يبين هل بالوجه أو بالمال ؟ والصواب أن يكون بالوجه ، هكذا نص عليه أبو عمران وأبو إسحاق وغيرهما من القرويين والأندلسيين ولا يقتضي النظر غيره ؛ لأن هذا لم يثبت أنه مليء ولا غَيَّبَ مالاً ، ولكن يسجن استظهاراً لكشف حاله ، فإذا أعطى حميلاً إلى مدة الانكشاف ؛ توصل بذلك إلى الكشف كما يتوصل بالسجن ، فإن ظهر وجه الشدة عليه أمكنا منه الحميل .

وحكى اللخمي عن سحنون : أنه لا يقبل ممن يسجن ليثبت فقره حميل ليسعى في مصالحه خلاف لابن القاسم ، قال : وقول ابن القاسم أحسن ، إلا أن يكون معروفاً باللدد، قال : وإذا أخذ الحميل منه ، فإن لم يحضر غرم المال ؛ لأجل اليمين اللازمة له إذا أحضره ، وإن أحضره عند الأجل ولم يظهر له مال حلفناه وسرحناه ، فإن لم يأتِ بحميل إلا إلى دون ما ينكشف حاله فيه ؛ فإنه يقبل منه ، فإذا أخر إلى الأجل الذي ضمنه إليه ولم يكشف من أمره شيء سجن ، إلا أن يأتي بحميل آخر إلى انقضاء الأجل.

عياض : وهذا الحميل يقضى به على صاحب الدين أن يأخذه إذا بذله الغريم .

[ابن راشد](١) : وإذا قبل منه الحميل ليثبت عدمه فغاب الغريم وأثبت الحميل عدم الغريم، فقال ابن رشد(٢) : يغرم الحميل لتعذر اليمين اللازمة للغريم .

وقال اللخمي : لا يغرم ؛ لأن اليمين بعد ثبوت الفقر أنه لم يكتم شيئاً استظهاراً ، إلا أن يكون ممن يظن أنه يكتم .

---

(١) سقط من ط .

(٢) « المقدمات » (٢/٣٠٩) .

وأما ظاهر الملاء يقيم بينته بالفقر ولم تزك بينته ففي «كتاب ابن سحنون» : لا يؤخذ منه حميل ويسجن حتى تزكى بينتـه، قيل : وإنما لم يقبل منه الحميل ؛ لأنه إذا ذهب لم يحلف الحميل ، إذ لابد من يمينه أنه لا يجد قضاء .

ابن يونس[1] : يحتمل إنما سجنه ؛ لأن ظاهره الملاء ، والبينة التي لم تزكَّ كالعدم ، وهذا كمن تفلس ، وقال : لا شيء لي ، وأما إن سأل أن يؤخر ووعد بالقضاء ؛ فليؤخره الإمام حسبما يرجى له الملاء ، ولا يعجل عليه ، قاله ابن الماجشون .

وقال في «كتاب ابن سحنون» : وإن سأل أن يؤخر يوماً أو نحوه أُخِّر ويعطى حميلاً بالمال، فإن لم يجد حميلاً به سجن .

وقال ابن الماجشون في سماك عليه سمك فسأل الصبر حتى يتصيد ، قال : يصبر عليه، ولم يشترط الحميل ، ولعله يريد أنه لا مال له ولا يجد قضاء إلا من تصيده .

خليل : وفي كلام المصنف نظر ؛ لأنه لم يقيد الحميل في المجهول باليوم كالمصنف ، وإذا أراد ظاهر الملاء ؛ فإنما نصوا على تأخيره اليوم إذا وعد بالقضاء ، وكلام المصنف لا ينبني على ذلك ، وذكر ابن راشد أن قضاة زمانه يؤخرون الغريم إذا وعد بالقضاء ثلاثاً .

فَإِنْ شُهِدَ بِإِعْسَارِهِ حَلَفَ وأُنْظِرَ

يعني : وإن قامت البينة على أن الغريم الذي عليه الدين معسر حلف على ذلك ؛ لأن البينة إنما شهدت على العلم ، ويمكن أن يكون له مال أخفاه ، ولا خفاء أن هذا في حق مجهول الحال والمتهم .

وأما معلوم الملاء فلا تقبل منه بينة إلا بذهاب ما بيده ، نص عليه اللخمي والمازري وغيرهما بأن تقول البينة : كنا نرى تصرفه في بيعه وشرائه ونزول الأسواق ونفقته على عياله ونقص ماله .

اللخمي : وكذلك لا تقبل البينة ممن عليه دين منجم أدى بعضه ثم ادعى العجز إلا ببيان ذهاب ما بيده ، وكذلك أيضاً الرجل يطلب برزق ولده بعد طلاق الأم فلا تسمع منه البينة إلا بذهاب ما بيده ؛ لأنه بالأمس قبل الطلاق كان ينفق فهو اليوم أقدر لزوال نفقة الزوجة عنه .

وقوله : (حَلَفَ) هذه من المسائل التي يحلف فيها المدعي مع بينته ، وكدعوى المرأة

---

(١) الجامع لابن يونس (٥/٤٨٦) .

على زوجها الغائب بالنفقة والقضاء على الغائب .

وقوله ضابطه كل بينة شهدت بظاهر يستظهر بيمين الطالب على باطن الأمر .

قال في «المقدمات» (١): وصفة يمينه أن يحلف أنه ليس له مال ظاهر ولا باطن ، وإن وجد مالاً ليؤدِّينَّ له حقه ، وهذه الصفة ذكرها في «المدونة» عن الخليفتين أبي بكر وعمر رضي الله عنهما .

وذكرها أيضاً صاحب «الوثائق المجموعة» والمتيطي وغيرهما ، وبها أفتى ابن العطار وابن لبابة ، وذكرها ابن سهل عن جماعة كثيرة .

وإن ادعى عليه بعد أن حلف أنه استفاد مالاً لم يكن للغرماء تحليفه .

قال في «المقدمات»(٢) : وهذه فائدة زيادة قوله في اليمين : وإن وجد ليؤدين .

حكى ابن الهندي عن محمد بن إسحاق بن السليم قاضي قرطبة أن عبد الملك بن أيمن كان يزيد في اليمين الواردة عن الخليفتين وأنه يعجل الأداء ؛ لأنه قد يؤدى إليه بعد زمان طويل فيبر في يمينه ، وفي ذلك ضرر على أصحاب الدين ، ويزيد : ولئن رزقه الله مالاً وهو في سفر ليعجلن الأوبة والأداء ، ابن الهندى : وهذا كله استظهار واليمين المذكورة كافية ؛ لأنها على نية المحلوف له .

قوله : (وأُنْظِر) فيه إشارة إلى الاحتجاج بقوله تعالى : ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] ورد على أبي حنيفة في قوله : إن صاحب الدين يلازم الغريم ، ووجه الدليل أن الله تعالى أوجب إنظاره إلى اليسر .

تنبيهان :

الأول : قد ذكرنا أن ابن رشد والمتيطي وغيرهما نقلوا أن المذهب موافقة الخليفتين في صفة اليمين .

ابن عبد السلام : ونقل عن مالك أنه لم ير زيادة قوله : وإن وجد قضاء ليقضين .

ولم أر من نقل ذلك عن مالك ، فإن ثبت فيحمل على أنه قول شاذ ، والله أعلم .

التنبيه الثاني : قد ذكرنا أولاً أنا نذكر حكم الغريم المعدم فلنذكره هنا فنقول : إن وافقه صاحب على العدم وجب إنظاره ، وإن خالفه فإما أن يدعي المطلوب أنه يعلم بعدمه أم لا؟ فإن ادعاه حلف صاحب الدين أنه لم يعرفه عديماً ، فإن نكل لم يسجن ؛ لأن نكول

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٣١٢) .

(٢) « المقدمات » (٢/ ٣١٢) .

الطالب عن اليمين يقتضي أنه يعلم بعلمه .

قال ابن شعبان وغيره : وبه كان يفتي ابن الفخار ، فإن حلف رب الدين أو لم يدع عليه الغريم العلم حبس إلا أن يثبت عدمه ، وإذا حلف المطلوب ، فقال أبو عمران: يحلف على البت .

وقال غيره : على العلم ؛ إذ قد يكون ملك مالاً من إرث أو هبة ولم يعلم به .

ابن راشد : وقول أبي عمران ظاهر «المجموعة» .

وأشار اللخمي إلى أن من ظاهره الفقر بنزارة حاله وصناعته كالبقال والخياط ونحوهما من أهل الصنائع التي من شأن أهلها العدم يقبل قوله في العدم ، ولا يحبس إلا أن تكون الدعوى في يسير عومل عليه في صنعته ، ولا يصدق حتى يثبت ذلك .

فروع :

الأول : لو سأل الطالب أن يفتش على المديان داره ، فقال ابن سهل : شاهد الفتوى والحكم بطليطلة أنه يفتش عليه مسكنه فما أُلفي من متاع الرجال بيع عليه وأنصف الطالب منه ، ولا يختلف فقهاؤهم فيه ، وأنكر ذلك على أكثرهم فلم يرجعوا عليه ، وسألت ابن عتاب وابن مالك عن ذلك فأنكراه ، وقالا : أرأيت أيضاً إن كان الذي في بيته ودائع ؟ فقلت له : ذلك محمول على أنه ملكه حتى يظهر خلافه ، فقال : فيلزم الاستيناء به أهو للمطلوب أم لا ، وأعلمت ابن القطان بعمل أهل طليطلة ، فقال لي : ما يبعد .

ابن رشد(١) : وأراه حسناً فيمن ظاهره اللدد والمطل .

الثاني : يجب الحبس على كل من عليه حق لا مدفع له فيه ، ولم يعلم عدمه إلا من قوله ، ولم يكن ظاهره العدم كما تقدم ، فإن كان الحق على غيره وهو السبب فيه كالقاتل خطأً ، ففي سجنه قولان لسحنون وأبي عمران ، نقله ابن راشد .

الثالث : إذا شهد له قوم بالعدم وآخرون بالملاء ، ففي أحكام ابن زياد : بينة الملاء أعمل وإن كانوا أقل عدالة ، ويحبس حتى تقوم له بينة أنه عديم قبل ذلك .

قال في المقدمات(٢) : وهو [بعيد](٣) .

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٣١١) .

(٢) « المقدمات » (٢/ ٣١٢) .

(٣) في ط : جيد .

وقيل : إن بينة العدم أعمل وإن كانت أقل عدالة ، وقيل : يعمل على شهادة أعدلهما، فإن تساويا سقطتا وبقي مسجوناً ، وقيل : يعمل على أعدلهما فإن تساويا أطلق من السجن .

قال في «البيان» : وهذا إنما هو إذا شهدت هذه بأنه عديم في ظاهر حاله وهذه أنه مليء في ظاهر حاله ولم يبيِّنوا أن له مالاً أخفاه ، وأما إن شهدت بينة الملاء على إخفاء ماله ؛ لما صح أن يختلف أنها تعمل .

ابن عبد السلام : وتأمل قوله: إنه عديم في ظاهر حاله ، فلعل معناه أنهم يعلمون أنه عديم في ظاهر الحال لا مال له ظاهراً ولا باطناً .

فَإِنْ طَالَ حَبْسُ الْمَجْهُولِ أُخْرِجَ ، وَيَخْتَلِفُ بِقَدْرِ الدَّيْنِ

يعني : إذا لم يجد من يشهد له وطال حبسه أخرج ؛ لأنه يغلب على الظن فقره .

قال في «العتبية»[1] : وليس على القاضي أن يكلف الغريم البينة بأنه لا مال له ، وإنما يسأل القاضي عنه أهل الخبرة والمعرفة ، فإن لم يجد له مالاً حلفه وخلى سبيله .

قال في «البيان» [2]: وهذا في مجهول الحال ، وأما إن حبسه للتهمة أنه أخفى مالاً ؛ فلا يكتفي إلا بالبينة .

(ويَخْتَلِفُ) أي : الطول بقدر الدين ، وذلك بحسب اجتهاد الإمام ، وهذا هو تحقيق أهل المذهب ، قاله بعض كبار الشيوخ .

ابن الماجشون : ويحبس في الدريهمات اليسيرة الشهر ونحوه ، وفي الوسط من ذلك الشهرين ، وفي الكثير الأربعة .

المازري وغيره : وكذلك يختلف الطول بحسب تجلد الأشخاص في الحبس .

واحترز المصنف بالمجهول من المليء ، فإنه يسجن أبداً إلا أن يعطي .

ويُحْبَسُ لِوَالِدِهِ ، وفِي حَبْسِ وَالِدِهِ لَهُ قَوْلانِ كَالْيَمِينِ

لا إشكال في حبس الولد للأبوين ، وأما حبسهما له ؛ فمذهب «المدونة» : أنهما لا

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٤١٩) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٤٢٠) .

يحـبسان لـه ، قال فـيها : وإن لـم أحبس الأبوين له فـلا أظلم الولد لهمـا ، مطرف : ويأمرهما الإمام فيما ثبت عليهما أن يقضياه ، والقول بأنهما يحبسان له لمحمد .

ولو قال المصنف : وفي حـبس والديه لكان أحسن ، ولعله اعتمـد على إن حرمة الأم كالأب أو آكد .

وقوله : (كَالْيَمِينِ) تشبيه لإفادة الحكم .

ومذهب «المدونة» أنهما لا يحلفان له ، وإن أحلفهما فهو عقوق ، ولابن الماجشون في الثمانية : أن تحليفهما مكروه وليس بعقوق فيقضى له بذلك .

وفي «الموازية » عن ابن القـاسم : أنه يقضى له بذلك إلا أنه عـقوق وهو بعـيد ؛ لأن العقوق من الكبائر ، فلا ينبغي أن يمكن من فعله أحد .

وقيد في «البيان» هذا الخلاف بما عدا قلب اليمين، قال : وأما إن وجبت يمين للأب على الابن فقلبها على الأب أو تعلق بها حق الغـير ؛ كما لو ادعى تلف صداق ابنته ، أو ادعى عليه زوجها أنه نحلها نحلة وانعقد عليها النكاح ؛ فاتفق على أنه يحلف قاله ابن رشد[1] .

ابن المواز وغـيره : ويحبس أيضـاً إذا امتنع من الإنفاق على ولده الصغـير ؛ لأن ذلك ليس من قبل الصغير ، وإنما القاضي هو الذي حبسه .

قال في «المدونة»[2] : ويحبس للولد الأجداد والأقارب .

فائدة :

اخـتلف الطرطوشي وعيـاض هل للجـد من البر مـا للأب ؟ فقـال الطرطوشي: لا ، واحتج بهذه المسـألة ، قال : ولم أر نصا في ذلك للعلماء ، وقال عـياض : إنه كالأب ، واستدل بقولهم : إنه لا يقتص منه له ، وأنه لا يغزو إلا بإذن جده .

واستدلال الطرطوشي أحسن ؛ لأن مقصوده أن لكل من الجد والأب حقا في البر ، إلا أن الجد أقل لهذه المسألة ، ولا يحسن استدلال عياض إلا أن لو كان قصد الطرطوشي نفي بر الجد مطلقاً ؛ لأن غايـة هذه المسائل أن تفيد أن للجد برا في الجملة ، أمـا كونه مساوياً للأب فلا .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٩/ ١٧٤) .

(٢) « المدونة » (٥/ ٢٠٥) .

وَيُحْبَسُ النِّسَاءُ وَيُؤْتَمَنُ عَلَيْهِنَّ مَأْمُونَةٌ أَيِّمٌ أَوْ ذَاتَ زَوْجٍ مَأْمُونٍ .

يعني : أن النساء كالرجال في حبسهن والتضييق عليهن ، وقبول الحميل منهن على ما ذكر ، إلا أنهن يحبسن عند امرأة مأمونة أيماً كانت أو ذات زوج مأمون .

فرع:

قال في «المدونة» [(١)]: ويحبس السيد في دين مكاتبه إن لد ، قيل : يريد ويحبس المكاتب في دين سيده ولا يحبس مكاتب عجز ؛ إذ ليست في ذمته .

اللخمي عن سحنون : ومن سجن في دين امرأته أو غيرها فأرادت زوجته أن تدخل إليه لتبيت عنده لم تمكن من ذلك ؛ لأن المراد من حبسه التضييق .

وقال محمد بن عبد الحكم : إذا أراد الطالب أن يفرق بين الغريم وزوجته وطلب الزوجان أن يجتمعا ؛ فذلك لهما إذا كان السجن خالياً .

اللخمي : وهو أحسن فيمن أشكل أمره هل هو في معنى اللدود ؟ وأما من علم منه اللدد فالأول أحسن ، وكذلك من ثبت فقره وعلم بأكل أموال الناس ؛ فإنه يسجن ويضيق عليه أدباً له ، ويمنع منه ولده ومن يعز عليه ، انتهى .

وقال ابن يونس إثر قول سحنون المذكور : وقال محمد : إلا أن تشاء المرأة الدخول إليه وهي التي قد حبسته ؛ لأنها لو شاءت لم تحبسه .

ابن عبد السلام : قال ابن المواز : لا يمنع المحبوس في الحقوق ممن يسلم عليه أو يحدثه، وإن اشتد مرضه واحتيج إلى امرأته تباشر منه ما لا يباشره غيرها وتطلع على عورته ؛ فلا بأس أن تجعل معه حيث يجوز ذلك .

ابن رشد : وقول سحنون أظهر ، ولا يفرق بين الأب والابن والإخوة في السجن ، محمد بن عبد الحكم : ولا يخرج المحبوس للجمعة والعيد .

اللخمي : وهذا يجري على قول بعض أهل العلم أن الجمعة فرض كفاية .

المازري : وعندي أن هذا لا يتخرج ؛ لأن الجمعة لها بدل وتسقط للأعذار ، وقد سقطت على أحد القولين لشدة المطر ، وقد أبيح الانتقال عن الماء إلى التيمم إذا غلا الماء ، فكذلك لا يبعد أن يكون الخوف على تلف مال الغرماء بخروجه للجمعة عذراً في سقوط

---

(١) « المدونة » (٥/٢٠٦) .

فرض الجمعة ، قال : والأولى عندي ألا يمنع من ذلك إذا كان على صفة لا يلحق الغرماء ضرر .

ابن يونس[١] **وغيره** : ولو مرض في الحبس لم يخرج إلا أن يذهب عقله فيخرج حتى يعود إليه عقله ثم يعاد ؛ لأنه إذا ذهب عقله لا فائدة في سجنه حينئذ لعدم علمه .

وقال في «الموازية » : واستحسن إذا اشتد مرض أبويه أو ولده أو إخوته أو من يقرب إليه من قرابته وخيف عليه الموت أن يخرج بكفيل بوجهه فيسلم عليهم ثم يعود ، ولا يفعل ذلك في غيرهم من القرابات .

الباجي[٢] : وهو استحسان ، والقياس المنع وهو الصواب عندي .

ابن عبد الحكم : ولا يخرج لحجة الإسلام ، ولو أحرم بحجة أو عمرة فيقام عليه بالدين حبس ويبقى على إحرامه ، ولو ثبت عليه الدين يوم نزوله بمكة أو منى أو عرفة استحب أن يؤخذ منه كفيل حتى يفرغ من الحج ثم يحبس بعد النفر الأول ، ولا يخرج ليغير على العدو ، إلا أن يخاف عليه الأسر أو القتل بموضعه فليخرج إلى غيره ، وإن قذف أخرج لإقامة الحد ، ويحبس الوصي فيما على الأيتام من دين إذا كان لهم في يده مال وكذلك الأب .

الرَّابِعُ : الرُّجُوعُ إِلَى عَيْنِ الْمَالِ بِشُرُوطٍ

الرابع من أحكام الحجر على المفلس رجوع الطالب إلى عين ما خرج من يده من طعام أو حيوان أو عروض ، أما في الموت فهو أسوة الغرماء ، ورأى الشافعي أنه أحق فيهما ، ولما في « الموطأ »[٣] عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن أنه عليه الصلاة والسلام قال: « **أيما رجل ابتاع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً فوجده بعينه ؛ فهو أحق به ، فإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء** » ، وهو وإن كان مرسلاً هنا فقد وصله أبو داود[٤] من طريق إسماعيل [بن عياش عن الزبيدى عن الزهرى

(١) الجامع لابن يونس (٥/٤٨٨) .

(٢) « المدونة » (٥/٢٠٦) . (٣) أخرجه مالك (١٣٥٧) .

(٤) أخرجه أبو داود (٣٥٢٢) وابن ماجه (٢٣٦١) والطبراني في « الأوسط » (٨٢٥٤) وصححه الألباني - رحمه الله - .

عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة ، والزبيدى حمصى][(١)] وحديث إسماعيل عن الشاميين صحيح .

فإن عورض هذا بما رواه أبو داود [(٢)] أيضاً عن ابن أبي ذؤيب عن أبي المعتمر عن عمر ابن الحارث قال : أتينا أبا هريرة في صاحب لنا أفلس ، فقال : لأقضين فيكم بقضاء رسول الله ﷺ : من أفلس أو مات فوجد رجل متاعه بعينه فهو أحق به .

أبو داود : أبو المعتمر لا نعرفه ، فإن قيل : قد ذكره ابن حبان في «الثقات» ، قيل : هو مختلف فيه ، فيرجح الأول لعدم الاختلاف فيه .

قوله : **(عَيْنِ الْمَالِ)** يشمل الدنانير والدراهم ، وهو قول ابن القاسم قياساً للثمن على المثمون خلافاً لأشهب ؛ لأن الأحاديث إنما فيها إذا وجد سلعته أو متاعه ، والنقدان لا يطلق عليهما ذلك عرفاً ، ويمكن أن يقال : بناء على أن الدنانير والدراهم هل تتعين أم لا .

فرع :

واختلف إذا أحاله بدين على غريم باع له سلعة ففلس المشتري المحال عليه بالثمن ، هل يكون المحال أحق بالسلعة المبيعة ؛ لأنه كالوكيل عن صاحبها ، وهو اختيار ابن المواز أم لا ، وهو قول أصبغ .

مِنْهَا : ألا [يغرمه] [(٣)] الْغُرَمَاءُ [من مال المفلس] [(٤)] ولا يَدْفَعُوهُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ، وقِيلَ : أَمَّا مِنْ أَمْوَالِهِم فَلا .

لما ذكر أن للرجوع شروطاً شرع في بيانها وذكر ثلاثة شروط :

الأول : ألا يفدى الغرماء بأن يدفعوا له ثمنها من مال المفلس أو من أموالهم ، فإن فعلوا ذلك فلا مقال للبائع ولا للمفلس ، وهذا مذهب «الموازية » .

ابن الماجشون : زاد في «الموازية » أو يضمنون الثمن وهم ثقة أو يعطونه حميلاً ، والقول بأن ذلك ليس لهم من أموالهم لابن كنانة .

---

(١) سقط من ط .

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٢٣) والبيهقي في « الكبرى » (١١٠٣٦) ، وضعفه الألباني - رحمه الله - .

(٣) في ط : يقدمه .

(٤) سقط من ط .

ولأشـهب ثالث : ليس لهم بالثـمن حتى يزيدوا على الثـمن زيادة يعطونهـا من دينهم وتكون السلعـة لهم نماؤها وعليـهم ثواؤها ، ومـذهب «المدونة» أن نماء السلعـة للمـفلس ومصيبتها منه .

وقال ابن الماجشون : الربح والنماء له والخسارة على الغرماء.

وقال ابن وهب : إن لم يرض المفلس بفـدائها فنماؤها له ؛ لأنها على ملـكه وهلاكها منهم .

وقـال ابن الماجشـون : لأنه تبـرأ منهـا للبـائع في دينه ، وإن رضي فـيكون نماؤها له ومصيبتها منه .

فرع :

إذا تبـرع إنسان بقـضاء مـا على غيـره أجبـر الطالب على أخذه إذا كـان قصـد الدافع التخفيف عمن عليه الدين ، ولم يقصد هبة صاحب الدين .

وقال الشافعي : لا يجـبر ؛ لأن ذلك هبة ، ولا يجبر أحد عليـها ، كذا أشار المازري في نقل المذهبين ، فانظره .

وَلَوْ قَبَضَ بَعْضَ الثَّمَنِ فَلَهُ رَدُّهُا وأَخذُهَا إلى الضَّرْبِ بِالْبَاقِي

كما لو باعه داراً بألف وقبض منها خمسمائة ، فـإما أن يتركها أو يحاصص بالخمسمائة الباقية ، وإما أن يرد الخمسمائة ويأخذ داره .

فإن تعـدد المبيع ؛ كمـا لو باع عبدين بعشـرين ديناراً فاقتـضى من ثمنهما عـشرة وباع المشتري أحدهما وبقي الآخر عنده وفلس ، فأراد البائع أخذ العبد الباقي منهما ، فليس له أخذه إلا أن يرد من العـشرة التي اقتـضاها خمـسة ؛ لأن العشرة الأولى كـانت مقبـوضة عليهما .

وهذا إذا كانت قـيمتها مـتساوية ، وإلا فمن الـعشرة المقتـضاة أولاً عليهمـا ورد حصة الباقي، وهذا هو المشـهور ، وتأول الباجي[1] «الموطأ» عليـه ، وتأول أبو جعـفر بن رزق «الموطأ» على ظاهره ، وأن البائع لا يأخذ ما وجـد من السلع إلا أن يرد جميع ما قبض ، ونـص «الموطـأ» [2]: وإن كان المشتـري قد باع بعضه وفرقه ، فـصاحب المتاع أحق به من الغرماء ، لا يمنعه ما فرق المبتاع منه أن يأخذ ما وجد بعينه،فإن اقتضى من ثمن المبتاع شيئاً

---

(١) « المنتقى » (٥/ ٩٢) .

(٢) « الموطأ » (٢/ ٦٧٩) .

فأحب أن يرده ويقبض ما وجد من متاعه ويكون فيما لم يجد أسوة الغرماء ؛ فذلك له .

ونسب الغزالي لمالك أن قبض شيء من الثمن فوت يمنع البائع من الرجوع في سلعته ، وأنكره المازري ، وحمله على أنه فهم ذلك من دليل الخطاب في الحديث الذي رواه مالك في «موطئه» حيث قال فيه : « **ولم يقبض البائع من ثمنه شيئا** » ، فعزاه إليه ، ونسب ابن عبد السلام مثل ما نسبه الغزالي «للموطأ» لأبي زيد .

وَلَوْ أَخَذَهَا فَوَجَدَ بِهَا عَيْباً حَادِثاً فَلَهُ رَدُّهَا وَيُحَاصُّ ، أَوْ حَبْسُهَا ولا شَيْءَ لَهُ

يعني : ولو أخذ البائع سلعته فاطلع فيها على عيب حادث عند المفلس ، فالبائع مخير إن شاء ردها وحاصص بمجموع ثمنها ، وإن شاء تمسك بها .

واعلم أن العيب إما أن يكون سماويا أو بسبب المشتري أو بسبب أجنبي ، فالحكم في السماوي كما ذكره المصنف على المشهور .

ولمالك في «مختصر ابن شعبان» في الأمة تتعيب : يخير البائع إن شاء أخذها بقيمتها وإلا ردها وحاصص .

المازري : قال بعض أشياخي : معنى قوله : (أخذها بقيمتها) أنه يحط من الثمن ما نقص العيب ، قال : ويحتمل أن يريد أنه يأخذها بقيمتها على ما هي ويحاسب بذلك من الثمن .

وخرج بعض الشيوخ قولاً بالفوات إذا اشترى عبداً فهرم عنده ثم فلس ، أو صغيراً فكبر من أحد القولين أن ذلك يمنع الرد بالعيب ، وإن كان ذلك من فعل المشتري ، كما لو أخلق الثوب ، فلمالك في «الواضحة» ما ذكره المصنف .

وقال ابن الماجشون : إلا أن يكون الثوب بلي بلاء فاحشاً فذلك فوت .

وحمل اللخمي قوله على الخلاف .

وقال اللخمي والمازري : والقياس فيما كان بسبب المشتري أن يكون كجناية أجنبي بحسب النقص ، وذكر أن الحكم في جناية الأجنبي أن للبائع أخذ سلعته بمقدار ما بقي منها بعد الجناية من قيمة الذاهب بنسبة ذلك من الثمن ، فإن كانت الجناية النصف ؛ خير في أخذها بنصف الثمن ، [ولو][1] أخذ المشتري لها أرشاً ، فإن عادت إلى هيئتها من غير نقص فكما ذكر المصنف ، وأجراه اللخمي مجرى الغالب ، وإلا حسب النقص .

---

(١) في ط : وإلا .

فَلَو حَاصَّ لِعَدَمِهَا ثُمَّ رُدَّتْ بِعَيْبٍ ؛ فَلَهُ رَدُّ مُحَاصَّتِهِ وأَخْذُهَا ، وقِيلَ : حُكْمٌ مَضَى

يعني : فلو حاص الغرماء لأجل عدم سلعته ؛ لأنه لم يحاصص إلا ظانا أنه لا يجد سلعته فقرر لذلك ، وهذا قول ابن القاسم في «العتبية»(١) وهو المذهب .

والقول الثاني ليس منصوصاً وإنما هو اختيار اللخمي ، وأخذه هو والمازري من قول ابن حبيب : فيمن اشترى سلعة ، ثم باعها ، ثم اطلع على عيب فرجع بقيمته ، ثم ردت السلعة عليه ؛ أنه لا يردها على الأول ، لأن رجوعه حكم وقع فلا يرد .

وقد يجري على الخلاف في الرد بالعيب هل هو نقض للبيع من أصله فتنتقض المحاصة، أو ابتداء بيع فلا تنتقض ، والله أعلم .

ومِنْهَا : انْتِقَالُ الْمُعَوَّضِ

يعني : ومن شروط الرجوع في عين السلعة ألا يحدث ما ينقلها عن الغرض المقصود منها .

[وفي بعض النسخ](٢) : ومنها عدم انتقال المعوض [فيصح على حذف مضاف أي عدم انتقال الموضع](٣) .

فَلَوْ طُحِنَت الْحِنْطَةُ ، أَوْ خُلِطَتْ بِمُسَوِّسٍ ، أَوْ عُمِلَ الزُّبْدُ سَمْناً ، أَوْ فُصِّلَ الثَّوْبُ ، أَوْ ذُبِحَ الْكَبْشُ ؛ فَاتَ ....

أي : فات الرجوع ، وهذه مسائل وقعت في المذهب منصوصة كما ذكرها المصنف ، وحكم فيها بالفوت ؛ لأن الحنطة إذا طحنت والزبد إذا عمل سمناً يزول عنهما اسم الحنطة والزبد وسميا دقيقاً وسمناً ويزول عنهما الغرض المقصود ، وكذلك أيضاً يزول المعنى المقصود إذا خلط الطيب بمسوس أو ذبح الكبش ، وليس دبغ الجلد فوت على المشهور ، خلافاً لابن وهب في أحد قوليه .

وعلى هذا المعنى الذي أشرنا من اعتبار الغرض المقصود نبه الإمام فيما رواه مطرف عنه لما سئل عمن اشترى ثياباً فقطعها ، فقال : لا أدري ، لكن إن اشترى جلوداً فقطعها نعالاً

(١) « البيان والتحصيل » (٣/٤٣٩) .
(٢) في ط : أو في بعضها أى .
(٣) سقط من ط .

أو خفافاً فذلك فوت ، فلم يقف في قطع الجلد نعالاً لما كان الغرض في الجلد خلاف الغرض في النعال ، وأشكل الأمر بالنسبة إلى تفصيل الثياب .

وحكى المازري عن بعض الشيوخ : أن خلط النقي بالمغلوث ، والجديد بالمسوس لا يمنع البائع من الرجوع ويقومان ويكون البائع أحق بما ليس له من القيمة .

وأشار المازري إلى أنه إن بنينا على أن التفليس كنقض بيع من أصله أجزنا أخذ الشاة بعد ذبحها ، والقمح بعد طحنه ، والزبد بعد كونه سمنا ، وإن قلنا : إنه هو ابتداء بيع ، منعنا ذلك كله .

وأجري على هذا الأصل ما إذا باع رطباً ثم يبس ، فقال مالك : لا يجوز أخذه ، وقال أشهب بجوازه .

وأما إذا باع عبداً فأبق عند المشتري ثم فلس ، فذهب أصبغ إلى أن بائعه ليس له طلبه، وترك المحاصة بناء على أن الأخذ من المفلس كابتداء بيع ، وذهب ابن القاسم وأشهب إلى جواز طلبه .

واختلف إذا لم يجده ؛ فقال ابن القاسم : ليس له الرجوع إلى المحاصة لأنه تركها ، وقال أشهب : له الرجوع إليها .

والمسوِّس بكسر الواو المشددة .

فَلَو لَمْ يَنْتَقِلْ لكِنِ انْضَمَّتْ إِلَيْهِ صَنْعَةٌ أَوْ عَيْنٌ أُخْرَى ؛ كَنَسْجِ الْغَزْلِ ، وبِنَاءِ الْعَرْصَةِ شَارَكَ بِقَدْرِ قِيمَتِهَا مِنْ قِيمَةِ الْبُنْيَانِ ....

يعني : فإن لم ينتقل الغرض ولكن انضمت إلى المبيع صناعة أو عين أخرى ، ونسج الغزل مثال لما انضمت إليه صنعة ، وبناء العرصة مثال لما انضمت إليه عين أخرى .

واكتفى المصنف بكيفية المشاركة في بناء العرصة عن كيفيته في النسج .

وما ذكره من كيفية المشاركة نحوه في «الموطأ»[(١)] ، فقال : إذا كانت قيمة المجموع ألفاً وخمسمائة وقيمة البنيان ألف درهم ، لصاحب البقعة الثلث ولصاحب البنيان الثلثان ، مالك : وكذلك الغزل ، ونحوه لابن حبيب ، وقاله أصحاب مالك كلهم .

---

(١) « الموطأ » (٢/٦٧٩) .

ابن القاسم في «المدونة» : ولا يقوم البناء خاصة ، وإنما يقوم المجموع يوم الحكم .

وعورضت هذه المسألة ممن استحق أرضه بعد أن بناها المستحق منه ، فإن مالكاً نص على أن للمستحق أن يعطي قيمة البناء وتكون الأرض والبناء له ، فلِمَ لا يجعل البائع هنا كذلك ، وأجاب المازري بضعف أمر المشتري في الاستحقاق ؛ لأنه أخطأ في اعتقاده وبنى في أرض لا يملكها في باطن الأمر ، بخلاف المشتري في التفليس فإنه بنى في أرض مملوكة ظاهراً وباطناً واستشكل ابن راشد عدم الفوات في الغزل ، قال : لأنه لا يسمى بعد النسج غزلاً وإنما يسمى ثوباً أو رداء ، كما أن الثوب إذا فُصِّل سمي قميصاً أو سراويل .

وأجاب ابن عبد السلام بأن المصنف لم يجعل المقتضى للحكم فيما تقدم هو انتقال الاسم ، وإنما جعله انتقال الغرض ، وقد انتقل هناك ولم ينتقل هنا .

بعض الشيوخ : ويشبه أن يكون النسج فوتاً .

ابن عبد السلام : ذكر ذلك بعضهم قولاً لابن القاسم ، وعلى المشهور فالشركة في مسألة النسج بين البائع والمشتري بقيمة النسج وقيمة الغزل ، واختلف المذهب فيمن اشترى أرضاً فبنى فيها ثم اطلع على عيب ، هل يكون بناؤه فوتاً يمنع من الرد بالعيب ويوجب أخذ قيمة العيب ، أو ليس بفوت ؟ فأشار بعض الشيوخ إلى ترجيح الخلاف في مسألة الفلس من مسألة العيب ، وأشار غيره إلى الفرق بأن مسألة العيب وجد فيها تدليس من البائع وتفريط أوجب رجحان حق المشتري عليه ، وذلك مفقود في مسألة الفلس .

فَأَمَّا لَوْ [خَلَطَهُ][(١)] بِمِثْلِهِ فَلَهُ مَكِيلَتُهُ

أي : في الجودة والرداءة ، كما لو خلط قمحاً أو زبيباً أو عسلاً بمماثله ، وشمل قوله : (**خَلَطَهُ بِمِثْلِهِ**) العين ، وهو المذهب خلافاً لأشهب كما تقدم .

ابن القاسم : وإن خلطه بشيء اشتراه من آخر كان أحق به ويتحاصا فيه .

ويَأْخُذُ الْوَلَدَ بِخِلَافِ الثَّمَرَةِ والْغَلَّةِ

يعني : وإذا أراد البائع أخذ سلعته فإنه يأخذ ولد الأمة أو غيرها من الحيوان ؛ لأنه كالجزء منها ، بخلاف الثمرة والغلة فليس له أخذهما لأنهما من الخراج التابع للضمان .

وعطف المصنف الغلة على الثمرة من عطف العام على الخاص ، ويحتمل أن يريد

(١) في ط : خلط .

بالغلة ما ليس قائم العين ، ومراد المصنف بالثمرة والغلة ما انفصل قبل ذلك ولم تكن الثمرة مأبورة يوم التبايع ، أما إن كانت مأبورة فيستثنيه بقوله : (إلا صوفاً. . .) إلخ .

وأما إذا لم ينفصل ؛ فالمشهور أن البائع يأخذها مع الأصول ولو يبست ما لم تجذ ، بخلاف الشفعة فإنه يأخذها الشفيع ما لم تيبس ؛ لأنها ما دامت معلقة بالأصول كأغصان الشجر ، والشاذ وقع لابن القاسم وغيره ؛ لأنه لا يأخذها إذا أبرت .

واتفق في الصوف أنه يأخذه قبل الانفصال ، والفرق على الشاذ بينه وبين الثمرة : أن الصوف يكون للمشتري بمجرد العقد ، والثمرة المأبورة لا تكون له بمطلق العقد .

وفي «البيان» (١): إن اشترى الأصول ولا تمر فيها ، أو فيها تمر لم يؤبر ثم فلس فأربعة أقوال :

أحدها : أن البائع أحق بالثمرة ما لم تؤبر ، وذلك يتخرج على قول أصبغ بالرد بفساد البيع ، لأنه إذا قال فيه : إن الثمرة تبقى للبائع وإن لم تطب إذا كانت قد أبرت فأحرى أن تبقى للغرماء .

والثاني : أن البائع أحق بها ما لم تطب ، وهو قول ابن القاسم في «العتبية» .

والثالث : أنه أحق بها ما لم تيبس .

والرابع : أنه أحق بها ما لم تُجَذ ، وهو نص ما في «المدونة» .

إِلا صُوفاً عَلَى ظَهْرِهَا ، أَوْ لَبَناً فِي ضُرُوعِهَا ، أَوْ ثَمَرَةً كَانَ اشْتَرَطَهَا الْمُبْتَاعُ مَأْبُورَةً

لما ذكر أن البائع لا يرجع في الغلة استثنى من ذلك الثمرة المأبورة إذا اشترطها المشتري والصوف التام ، وهذا هو المشهور ، خلافاً لأشهب في قوله : إنه لا يرجع فيهما لأنهما من الغلات .

ووجه المشهور أنه إذا كان الصوف تاماً والثمرة مأبورة يصيران مقصودين فلهما حصة من الثمن فيكون بمنزلة من باع سلعتين ، وعليه فلو باع المشتري الصوف وأراد البائع أن يأخذ الغنم نظر كم قدر الصوف من الرقاب لا إلى ما باعه به ، ويأخذ الغنم ويحاص الغرماء بما يخص الصوف ، وقاله ابن القاسم في «العتبية»(٢) و«الموازية» و«الواضحة» .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٠/٤٤٦) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٠/٤٤٦) .

وما ذكرناه من اعتبار الإبار هو المشهور ، وقيل : بالإزهار ، وقال يحيى : إن جذه تمراً رد ملكيته وإن جذه رطباً رد قيمته وله أجر سقيه وعلاجه .

قال ابن حبيب : ليس له ذلك ؛ لأنه إنما أنفق على ماله وضمانه منه .

وتعـقب ابن يونس[١] كلام يحيى وقال : إنما يصح بالرد بالعـيب ، وأما التفليس فإذا فاتت الثمرة مـضت بما ينوبها من الثمن وحاصص البائع بذلك الغرمـاء كما نص عليه ابن القاسم في الصوف .

وجعل المصنف اللبن إذا كان في الضرع كالصوف التام تبعاً لابن شاس وفيه نظر ؛ لأنه نص في كتاب العـيوب من «المدونة» على عدم رده في العيـب ، وإن كان في الضروع يوم التبايع لخفته .

وهو ظاهر ما في التفليس منها ؛ لأن فيها : وأما ما كان منها من غلة أو صوف جزه ، أو لبن حلبه ؛ فذلك للمبتاع ، وكذلك النخل يجنى ثمرها فهو كالغلة ، إلا أن يكون على الغنم صـوف قد تم يوم الشـراء ، أو في النخل تمر قـد أبر ، واشتـرط ذلك التمـر فليس كالغلة .

فحكم أولاً بأن الصوف والغلة للمبتاع ثم لم يسـتثن إلا الصوف التام والثمرة المأبورة ، ولا يقال : إنما نص على عدم الوجوب في الرد بالـعيب لا في التفليس ؛ لأنه لا فرق بين البابين ، ولأن تعليله بالخفـة يدخل البابين ، ولخفة اللبن أجاز مـالك في غير «المدونة» لبناً معجلا بشاة لبون إلى أجل .

عبد الحق[٢] : ولا يلزم عليه جواز جزة صوف معجلة بشاة عليها جزة صوف إلى أجل؛ لأن الصوف كسلعة فيكون كصوف بصوف إلى أجل وزيادة .

وقول المصنف : (**أَوْ ثَمَرَةً كَانَ اشْـتَرَطَهَا**) لأن المأبورة لا تدخل إلا بالشرط كما تقرر في البيوع .

واحتـرز بالمأبورة من غيرها ، فإنهـا لا حصة لهـا ، وللبائع أخذها إذا كانت باقـية مع أصولها ، وأما إن جُذَّت أو جز الصوف ، فقال المازري : المشهور أن الصوف إذا جزَّ وكان قائماً بعـينه يرد مع الغنم ، وأما الثمـرة فلا ترد مع الأصول إذا جذَّت ولو كـانت قائمة ،

---

(١) الجامع لابن يونس (٥/٥٤٣) .
(٢) « النكت والفروق » (٢/١٦٩) .

ولكن يحاصص بما ينوبها من الثمن ، قال : والفرق بينهما وأقصى ما يتصور أن الثمرة لو أخذها بعد الجذِّ لكـان كمن اشترى رطباً وأخذ عنه تمراً يابساً ، لاسـيما إذا قلنا : إن ردها في الفلس كابتداء بيع .

فَإِنْ يَبُسَت الثَّمَرَةُ في يَدِ الْمُشْتَري ؛ فَفِي رُجُوعِه قَوْلانِ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ نَقْضٌ أَوْ بَيْعٌ ثَانٍ

يحتمل بأن يبيع الثمرة وحدها بعدما أزهى وحل بيعه ، فإن فلس المشتري قبل يبسه كان للبائع أخذه ، وإن فلس بعد ما يبس فقولان :

الأول في «العتبية» وبه أخذ أشهب : أنه أحق به ؛ لأنه مجيز سلعته .

والثاني لمالك ، وبه أخذ أصبغ : أنه يحاصص ولا يكون أحق بها ؛ لئلا يؤدي إلى بيع الرطب بالتمر .

وقوله : (**بِنَاءً...**) إلخ ، فإن قلنا : إنه نقض للبيع من أصله كان أحق ، وإن قلنا هو ابتداء بيع لم يجز ؛ لما ذكرنا من بيع الرطب بالتمر .

ومشى ابن راشد وابن عبد السلام كلام المصنف على هذا الوجه ، وهو الذي يؤخذ من «الجـواهر»[1] ، ويتخرج على هذا الخلاف إذا باعه زبداً فصـار سمناً ، أو قمحاً فطحنه ، وذكر ذلك المازري .

وقد تقدم ذلك من كلام المصنف أنه يفوت بذلك .

ويحتـمل أن (أل) في (**الثَّمَرَةُ**) للعهد ؛ أي : فإن يبست الثمـرة التي اشترطها المبتاع مأبورة .

وقـد ذكر البـاجي[2] القولين ، فقـال : إن فلس المبتاع قبل أن تجـذ فهو أحق بالأصل والثمرة ما لم تجذ قاله مالك ، وقال أيضاً : ما لم تيبس .

ابن القاسم : والأول هو القياس ، والثاني استحسان وهو أحب إليَّ ، وكذلك ذكر في «البيان»[3] هذين القولين وزاد ثالثاً أنه أحق بها مطلقاً ؛ أي : وإن جذت قبل .

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٦٢٠) .

(٢) « المنتقى » (٥/ ٩٥) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٤٤٨) .

ويحتمل أن تكون (أل) في (الثَّمَرَةُ) للجنس فتشمل الصورتين ؛ أي : المشتراة مفردة أو مع أصولها .

وفي بعض النسخ عوض **(فَإِنْ يَبُسَت الثَّمَرَةُ)** (فإن لم تيبس) .

ابن عبد السلام : وفيها قلق ، إلا أن يقال : إنه أراد مسألة ما لو اشترى النخل ولا تمر فيها أو فيها تمر لم تؤبر ففلس المشتري وقد طاب الثمر ، فقال ابن القاسم : هو للغرماء ، وقال مالك : ذلك للبائع ما دام في رؤوس النخل .

لكن تنزيل هذه الصورة على كلام المصنف بعيد ، ولاسيما الأصل الذي بنى عليه القولين ، انتهى .

ولأن مقتضاه أن الثمرة إذا يبست لا يكون أحق بها بالاتفاق ، ولأن القول بأنه لا يكون أحق بها قبل اليبس لم أره .

وَيَأْخُذُ بَعْضَ الْمَبِيعِ وَيُحَاصُّ بِمَا يَخُصُّ الْفَائِتَ مِنَ الثَّمَنِ

يعني : إذا باع سلعتين أو أكثر ثم فلس المشتري بعد ذهاب بعض السلع ، فإن البائع يحاص بما يخص الفائت ، وله أن يرجع فيما وجد .

محمد وأصبغ : إلا أن يدفع له الغرماء ثمن الباقي من السلعتين من مال المفلس أو أموالهم ، واختلف هل يكون أولى بثمنها حتى يستوفي من ثمنها ما فدوها به أو يدخل معهم فيها بثمن الفائت لأنهم كأنهم أسلفوا للمفلس ثمنها سلفاً .

التونسي : وهذا القول الأخير كقول ابن القاسم .

ابن يونس(١) : وهو ظاهر قول مالك .

التونسي : والأول اختيار محمد ، وذلك لأنهم حلوا محل أصحابهم في الاختصاص بها ، فلا يكون له أن يحاصصهم إلا بما فضل عما فدوها به ، وفي بقية مال المفلس .

ابن عبد السلام : وما ذكره المصنف بيِّن إن قلنا : إن رد السلعة في الفلس كابتداء بيع ، وأما على القول بأنه نقض للبيع ؛ فينبغي أن يفصل في السلعة الفائتة بين أن تكون وجه الصفقة أو لا ، ويسلك في ذلك مسلك استحقاق بعض المبيع .

---

(١) الجامع لابن يونس (٥/٥٣٦) .

وروَى ابْنُ الْقَاسِمِ : ولَوْ ولَدَتِ الأَمَةُ ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمَا، أَوْ بِيعَ الْوَلَدُ لَمْ تَكُنْ لَهُ حِصَّةٌ ، وقِيلَ : كَسِلْعَتَيْنِ ، ولَوْ بِيعَتِ الأُمُّ فَكَسِلْعَتَيْنِ ، قَالَ سَحْنُونٌ : مَا أَدْرِي مَا هَذَا ....

حاصله : إن مات الولد أو الأمة فليس للبائع إلا أخذ الباقي بجميع حقه أو تركه والمحاصة ، وأما إن باع أحدهما ، فإن باع الولد ؛ فالمشهور : أن ذلك كموته ، وإن باع الأم فكسلعتين ، فله أن يأخذ الولد وحاصص بما ينوب الأم ، وأنكر سحنون هذا بقوله : (**مَا أَدْرِي**) .

اللخمي : يريد أن القياس أن يكون في البيع سواء .

وقوله : (**وقِيلَ : كَسِلْعَتَيْنِ**) راجع إلى بيع الولد لا إلى موت أحدهما ؛ إذ لا خلاف في الموت ، قاله في «البيان»(١) .

ومعنى (**كَسِلْعَتَيْنِ**) أي : كبيع سلعتين ، ثم وجد إحداهما فيكون له أخذ الأم والاتباع بما يخص الولد من الثمن يوم البيع ، وهذا منقول عن مالك وابن القاسم ، قال المازري : وهو أصل المذهب ، انتهى .

يريد : لأن الولد إذا لم يكن غلة يجب رد عينه ، وإن كانت قائماً فيجب أن يحاسب بثمنه ، ولهذا أخذ بعض محققي الأشياخ من الأول أن الولد غلة .

وزاد في «البيان»(٢) قولاً ثالثاً : أنه لا يأخذ الأم ويحاص الغرماء بما وصل إليه من ثمن الولد ، وليس بجار على أصل .

وقوله فيها : (**ولَوْ بِيعَتِ الأُمُّ فَكَسِلْعَتَيْنِ**) هو المشهور ، فيكون للبائع أن يأخذ الولد بما ينوبه من الثمن ويحاص بما ينوب الأم ، ووقع لابن القاسم ومالك في سماع عيسى في بعض روايات «العتبية» : أنه يأخذ الولد ويحاص بقيمة الأم ، أو يترك الولد ويحاص بجميع الثمن .

قال ابن رشد(٣) [وغيره] (٤): ولم يجروا في هذه المسألة على قياس .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٤٤٢) .
(٢) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٤٤٢) .
(٣) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٤٤٣) .
(٤) سقط من ط .

وَلَوْ رُهِنَ الْعَبْـدُ فَلَهُ أَنْ يَفْدِيَهُ ويَأْخُذَهُ ، ويُحَـاصَّ بِفِدَائِهِ ولا يُحَاصَّ بِفِـدَاءِ الْجَانِي ؛ إِذْ لَيْسَتْ فِي ذِمَّةِ الْمُفْلِسِ ....

يـعنـي : لو رهن المشتري العـبد ثم فلس فللبائع أن يفديه ويأخـذه ويضرب بالفداء مع الغرماء ، بخلاف ما لو جنى العبد ثم فلس المـشتري فإن البائع أيضاً له أن يفديه ، لكن لا يحاص بفدائه .

والفرق بينهما ما أشار إليه المصنف أن الفـداء لم يكن متعلقاً بذمة المفلس ؛ لأنه كان له أن يسلم العبد في الجناية ، بخلاف الدين في مسألة الرهن فإنه كان في ذمته .

ابن عبد السلام : مراد المصنف بقوله : **(ولا يُحَاصَّ بِفِدَاءِ الْجَانِي)** أنه لا يرجع بالجناية وإن كان نفي المحاصة أخص من نفي رجوع البائع ، ولا يلزم من نفي الأخص نفي الأعم ، لكن مراده ما ذكرناه .

ومِنْهَا : أَنْ يَكُونَ بِمُعَاوَضَةٍ مَحْضَةٍ

هذا هو الشرط الثالث ، واحترز به مما ذكر بقوله :

فَلا يَثْبُتُ فِي النِّكَاحِ والْخُلْعِ والصُّلْحِ لِتَعَذُّرِ اسْتِيفَاءِ الْعِوَضِ بِخِلافِ الإِجَارَةِ

يعني : ولاشتراطنا المعاوضة المحضة لم يثبت الرجوع في النكاح وما عطف عليه .

ووقع في بعض النسخ (ولا يثبت) بالواو ، والأولى أحسن ؛ لأن الفاء تشعر بالسببية .

قوله : **(فِي النِّكَاحِ)** يريد : لأن النكاح لا يفسخ لتعذر استيفاء العوض ؛ وهو الصداق إذا أعسر الزوج ، كما لا يفسخ البيع إذا تعذر استيفاء الثمن .

فإن قلت : أطلـق المصنف في النكاح -وفيـه نظر- لأن النكاح يفسخ إذا أعـسر الزوج بالصداق قبل البناء .

قيل : هذا لا يرد ، لأن المشتري هنا للبضع -وهو الزوج- لم يُقْبِضْهُ ، والكلام إنما هو في الرجوع بعد قبض المشتري .

قوله : **(والْخُـلْعِ)** أي : إذا خالعته على عشرة مثلاً ثم فلست ، فإنه لا رجوع له في العصمة وإنما يحاصص .

خليل : الظاهر أن المقتضي لعدم الرجوع ليس هو ما ذكره المصنف من أنه ليس بمعاوضة

محضة ، بل لتعذر الرجوع ؛ وذلك لأن العصمة في الخلع لا يمكن ردها ، وكذلك البضع في النكاح ، وكذلك إذا صالح عن دم العمد بشيء ثم فلس الجاني لم يمكن العود في القصاص .

وعلى هذا ، فلو قال : ومنها إمكان استيفاء العوض ، فلا رجوع في النكاح والخلع والصلح ؛ لكان أحسن .

وينبغي أن يلحق الصلح على الإنكار ثم يفلس المنكر ، فإن المدعي يحاصص بما صالح به ولا يرجع في الدعوى ، كما قالوا : إذا صالح المنكر على عرض ثم استحق العرض ؛ فإنه يرجع بقيمته ، وقيل : يرجع إلى الخصومة .

وأما الصلح على الإقرار كما لو صالح على دار أو عرض أقر به لغريمه ثم أفلس ؛ فإنه يرجع المصالح فى الدار والعرض كالبيع .

والظاهر أن الصلح على الإقرار خارج من كلام المصنف ؛ لأن الصلح على الإقرار معاوضة محضة ، وفاعل (يَثْبُتُ) عائد على الرجوع .

وفي بعض النسخ (فلا يثبت الفسخ) ومعناهما متحد .

وقوله : (**بِخِلافِ الإِجَارَةِ**) فإنه يرجع في منفعته التي أجرها لعدم استيفاء العوض .

فرع : واختلف هل تحاص الزوجة الغرماء بصداقها ؟ فالمشهور أنها تحاص به في الموت والفلس ، وقيل : لا تحاص فيهما .

وفي «الجلاب»[1] : تحاص به في الفلس دون الموت ، وكذلك اختلف في نفقتها ، فقال ابن القاسم في النكاح الثاني : تضرب بها مطلقاً .

قال سحنون : أما إذا كان الدين مستحدثاً فتحاص ، ولا تحاص إذا كان الدين قبل الإنفاق .

وفي «الموازية» : تضرب في الفلس فقط ، وقيل : لا تضرب فيهما .

قال ابن القاسم : ولا يضرب بنفقة الولد أو الأبوين في فلس ولا موت .

وقال أشهب : يضرب للولد مع الغرماء .

---

(١) « التفريع » (٢/٢٥٣) .

وقال أصبغ في نفـقة الأبوين : إلا أن تكون أخذت بحكم وتسلف وهو مليء فـيضرب بها في الفلس والموت .

اللخـمي : ويختلف على هذا هل يحاص بالجنايات ؛ فـفي «المدونة» : يحاص بها ، وعلى القول الآخر: لا يحاص بها .

وَيَرْجِعُ الْمُكْرِي إِلَى عَيْنِ دَابَّته ودَارِه وأَرْضه ، وهُوَ أَحَقُّ بزَرْعِهَا فِي الْمَوْتِ والْفَلَسِ - وقِيلَ : دُونَ الْمَوْت - مَعَ الأَجِيرِ السَّاقِي ، وقِيلَ : ثُمَّ الأَجِيرُ السَّاقِي

قوله : (**وَيَرْجِعُ الْمُكْرِي إِلَى عَيْنِ دَابَّتِـه ودَارِه وأَرْضِه...**) إلخ ، ظاهر التصور ، وهو كالبيان لقوله : (بخلاف الإجارة) .

وهو [أحق] [(١)]؛ أي : مكري الأرض أحق بما زرع في أرضه في موت المكتري وفلسه، وقيل : إنما يكون أحق في الفلس فقط ، وهذا الثاني هو مذهب «المدونة» ، نص عليه في آخر كتاب كراء الدور .

قال المازري : وهو مـذهب مالك وأصحـابه ، فكان ينبغي للمـصنف تقديمه ، والأول لابن القاسم في «الموازية» .

أصـــبغ : ووجهـه أن الزرع إنما نشأ عن الأرض فكانت كالحـيازة له وحوزها كـحوز صاحبها، فكان بمنزلة من باع سلعة وفلس مشتريها أو مات وهي في يد بائعها ، ورأى في المشهـور أن الزرع لما نشأ عن الأرض فـغايته أن يـكون كأنه باع الطعام فـيكون أحق به في الفلس فقط .

وقوله : (**مَعَ الأَجِيرِ السَّاقِي...**) إلخ ، يحتمل أن يتعلق بـ (أَحَقُّ) فيكون القولان في الأجيـر مفرعين على كل من القـولين السابقين ، ويحتـمل أن يتعلق بـ(بأحق) المتـقدم في كـلامه ثانيـاً ؛ أي : وقيل هو أحق في الفـلس دون الموت مع الأجيـر الساقي ، فـيكون القولان مفرعين على القول الثاني .

ويعضد هذا الاحتمال الثاني ما نقله ابن يونس : أن ابن القاسم وأشهب رويا أن مكري الدابة أحق من سائر الغرماء في الفلس دون الموت ، ثم اختلفا في مكري الأرض والأجير؛ ففي «الموازية» من رواية أشهـب و«الواضحة» من رواية مطرف : أنهما يتـحاصان ، وروى

---

(١) سقط من ط .

ابن القاسم : أن صاحب الأرض مقدم على الأجير ، ثم الأجير مقدم على الغرماء ، ويعضد الأول قول أصبغ : اختلف أصحابنا ، وأحب ما فيه إليَّ أن أجير الزرع ومكري الأرض يتحاصان ، وأنهما يبدآن على الغرماء في الموت والفلس ، وقاله ابن الماجشون .

خليل : وهذا الاحتمال أقرب ؛ لأنه تفريع على القول الذي قدمه ، نعم يعترض عليه لتقديمه غير مذهب «المدونة» .

ومنشأ الخلاف بين القولين في تقديم مكري الأرض على الأجير ، هل الزرع متكون عن الأرض فيكون صاحبها أحق به ، أو إنما نشأ عن الأرض وفعل الأجير فيكونان متساويين ، والله أعلم .

وزاد في «البيان»(١) قولاً بأن الأجير مقدم على صاحب الأرض ، وقولا آخر بأنه لا تقدمة لصاحب الأرض ولا للأجير على الغرماء ، بل هما أسوة الغرماء ، وعزاه اللخمي للمخزومي .

ولو عمل في الزرع أجراء واحداً بعد واحد ، فالأخير أحق من الأول ، وقيل : يقدم أكثرهما عملاً ، وقيل : يتحاصان .

وِيُقَدَّمَانِ عَلَى مُرْتَهِنِ الزَّرْعِ

أي : ويقدم مكري الأرض والأجير الساقي على مرتهن الزرع ولو حازه ملك ، ثم يقدم المرتهن على سائر الغرماء ، وإنما قدما عليه لأن الزرع إنما يكون عن مال هذا وعمل هذا ، فكان أخص في الحوز ، وصاحب الحوز الأخص مقدم على صاحب الحوز الأعم ، كما لو سقطت سمكة في حجر إنسان فإنه أولى بها من صاحب المركب ، وعلى المشهور أنهما يكونان أحق من الغرماء في الفلس دون الموت ، ويكون المرتهن أحق منهما في الموت؛ لأنهما على هذا القول كسائر الغرماء .

بِخِلَافِ الأَجِيرِ عَلَى رِعَايَةِ الإِبِلِ أَوْ عَلْفِهَا وشِبْهِه

أي : فلا يكون أحق في الفلس والموت ، هكذا نص عليه في «المدونة»(٢) وغيرها .

ابن عبد السلام : ولا أعلم فيه خلافاً .

(١) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٣٩٥) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ٦٤٣) .

قوله : (وشبْـهه) أي : كالحارس وأجير يخدمك في بيتك أو يبيع لك في حانوتك ، ولم يكن هؤلاء أحق ؛ لأن منافعهم ليس لها أعيان قائمة بخلاف الزرع .

قال في «المدونة» : ولو استأجره يدرس له ببقر الأجير ففلس صاحب الأندر ؛ فصاحب البقر أحق بالأندر .

قال ابن المواز : لأن الأندر لا ينقلب به صاحبه ولا يحتوي عليه ، بخلاف صانع استصنعته في حانوتك ، فإذا كان الليل انصرف ، فهذا لا يكون أحق به في موت ولا فلس.

والصَّبَّاغُ والْبَنَّاءُ والنَّسَّاجُ شَرِيكٌ بقيمَة ذَلكَ ، فَلَوْ أَقْبَضَهُ فِيمَا زَادَ ، ويُحَاصُّ بِمَا بَقِيَ ، وقِيلَ: بِقِيمَتِه ، وجَمِيعُ الصُّنَّاعِ أَحَقُّ بِمَا أُسْلِمَ إِلَيْهِمْ للصَّنْعَة ....

تبع المصنف هنا ابن شاس[1] معنىً وترتيباً ، وحمل ابن عبد السلام قوله : (**والصَّبَّاغُ والْبَنَّاءُ والنَّسَّاجُ**) على الأجير ؛ يعني : أن المستأجَر على صبغ ثوب ، أو بناء بقعة ، أو نسج غزل إذا فلس آجره قبل قبض الأجير الأجرة ولم يكن أسلم السلعة لربها ؛ فإنه يكون مشاركاً لربه بقدر قيمة الصنعة ، ثم استشكله بأن ظاهر كلامه أن الأجير لا تكون له أجرة الصنعة ، ولا يحاصص بها الغرماء وهو بعيد من الأصول ؛ لأن الصانع لم تخرج الصنعة من يده ولم يرضَ بفسخ الإجارة فكيف يبطل حقه فيها .

وجعل ابن عبد السلام قوله : (**فَلَوْ أَقْبَضَهُ**) قسيماً لهذا ؛ أي : وإن أسلم الصانع المصنوع إلى ربه فقولان ، وتصورهما من كلام المصنف ظاهر ، وقاله بعض من تكلم على هذا الموضع.

وقوله : (**والصَّبَّاغُ** ...) إلخ ، محمول على ما إذا لم يسلم إليه الشيء للصنعة ، كما لو اشترى ثوباً فصبغه أو نسجه ، أو عرصة فبناها ثم فلس ، فقال ابن القاسم في «الموازية»، ما ذكره المصنف : يكون شريكاً بقيمة الصنعة .

وكذلك لو استحق من يده بعد وضع صنعته فيه فأخذه المستحق فإنه يدفع إليه قيمة الصنعة ، قال : وإن أسلم إليه للصنعة ؛ فإما أن يقبضوه لربه ثم يفلس قبل دفع الأجرة ،

(١) « الجواهر » (٢/ ٦٢٢) .

أو يبقى بأيديهم حتى يفلس ، فإن أقبضوه ، فقال ابن القاسم في «الموازية» : يكون شريكاً في الثوب بما زاد الصبغ فيه ويحاص بما بقي .

وقال في «العتبية»[١] : يكون شريكاً بقيمة الصبغ ، وهذه الصورة الثانية التي ذكرها بقوله : **(فَلَوْ أَقْبَضَهُ فِيمَا زَادَ)** أي : يكون شريكاً بما زاد ويحاص بما بقي .

وقوله : **(وقِيلَ: بِقِيمَتِه)** أي شريكاً بقيمة الصبغ ونحوه ، واستشكل ما في «الموازية» بأن شركة الصانع لربها بما زاد والمحاصة بما بقي لا تصح على أصل المذهب ؛ لأن من اختار أخذ سلعته ناقصة لا يكون له غيرها ، وأما إن لم يقبضوه لربه فهم أحق به حتى يستوفوا جميع الأجرة .

خليل : المازري : في الفلس والموت .

ابن رشد[٢] : واتفق على ذلك ، قال هذا القائل : وهذا الذي أشار إليه بقوله : **(وجَمِيعُ الصُنَّاعِ أَحَقُّ بِمَا أُسْلِمَ إِلَيْهِمْ لِلصَّنْعَةِ)** .

وعلى هذا فلا يكون قوله : (فَلَوْ أَقْبَضَهُ) قسيماً لقوله : **(والصَّبَّاغُ والْبَنَّاءُ والنَّسَّاجُ)** بل قسيماً لما بعده .

ورد ابن عبد السلام هذا الوجه بأن المصنف قدمه بقوله : (فلو لم ينتقل ولكن انضمت إليه صناعة أو عين أخرى كنسج الثوب أو بناء العرصة شارك. . . .) إلخ .

فلو حمل قوله : **(الصَّبَّاغُ)** على المشتري للزم التكرار ، وأجاب عنه هذا القائل بأنا لم نخص قوله : **(والصَّبَّاغُ)** بالمشتري ، بل على من وضع صنعته من غير أن يسلم إليه المصنوع للصنعة، وهو أعم من المشتري والمستحق من يده وغيرها .

وتمشية ابن عبد السلام أقرب من جهة اللفظ ؛ لأن صيغة فعال للحرفة غالباً ، لكن لا تصح من جهة النقل ؛ لأنه يلزم أن يكون الصانع إذا لم يسلم المصنوع إنما يكون له ما زادت الصنعة ، وهو خلاف الاتفاق الذي في «البيان» .

واعلم أن القولين في مسألة الإقباض مطلقان ، سواء أضاف الصانع إلى صنعته شيئاً كالصبغ ، أم لا كالخياطة ، نقل ذلك اللخمي .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٤٣١) .
(٢) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٤٣٣) .

وفي «البيان»[١] : المشهور أن الصانع إذا أسلم الصنعة ولم يكن للصانع فيها غير عمل يده أنه أسوة الغرمـاء ، وروى أبو زيد عن ابن القاسم : أنه أحق بعمله ، فـإن شاء أخذه بأجرة ، وكان شريكاً للغرماء في المتاع المعمول بقـيمة عمله فيه ، وإن شاء ترك وكان أسوة الغرماء .

وأما إن كان للصانع غير عمل يده كالصباغ يصبغ الثوب ، والفراء يفري الفرو برقاع من عنده ؛ فيتفق على أنه أحق بما خرج من يده لأنه قائم بعـينه ، وأما عمل يده المستهلكة فلا يكون أحق به على المشهور ، ونحوه للمازري ، قال : وعلى المشـهور إذا كانت عينه قائمة كالرقع وصقل للسيف -وهو ظاهر الروايات- أنه شريك بقـيمة ماله ؛ لأنه هو المبيع وكأنه سلعة أضيـفت إلى سلعة على وجه يتعـذر فيها الانفصال ، فـيكونان شريكين في ذلك ، وقال ابن حبيب : بل يكون شريكاً بما زاد الصانع ، وعلى أنه شريك بقيمة ماله فالمعتبر في ذلك التقويم يوم الحكم .

فإن قـيل : هذا يقتضي أن نسج الثوب لا يكون الـصانع به شريكاً ؛ لأنه لم يخرج من يده شيئاً ، والمصنف قد جعل النساج كالصباغ .

قـيل : النساج وشبهـه مستثنى عند ابن القاسم من مسألة الصانع الذي لـم يخرج شيئاً ويلحق بما إذا أضاف للـصنعة شيـئاً ، وكأنه لاحظ في النسج قـوة التأثير ،ولأصبغ قول رابع، إلا أنه لا يعلم صور المسألة ، فقال : إن كان فيـه رقاع وخياطة فتوق ؛ فالأقل تابع للأكثر إذا كانت الرقاع أيسر ذلك وأكثره الخياطة فهو أسوة الغرماء في الموت والفلس ، وإذا كانت الرقـاع أكثر ذلك ، وهي من عنده كـان أحق بها على ما تقـدم ، فإن تناصف ذلك قوم كل على حدته ، ثم يكون أسوة الغرماء في المرسوم ، ويكون بما ينوب الرقاع شريكاً، وهذا كله على المشهور أن الصبغ ليس بفوت .

ونقل المازري عن ابن وهب فـي أحد قـوليـه : أن الرجـوع يفـوت بالصـبغ والدباغ ، وضابطه : أن يحدث المشتري حدثاً يتميز بالنظر ولا يتميز بالفعل .

تنبيه :

قد تقرر على التمشـية الثانية أن قوله : (**وجَمِيعُ الصُّنَّاعِ أَحَقُّ**) قسـيم لقوله : (**فَلَوْ أَقْبَضَهُ**) وأما ابن عبد السلام ، فقال : يعني أنهم أحق في الموت والفلس ، نص على ذلك

(١) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٤٣٣) .

في «المدونة» ، قال : ولا يظهر لإتيان المصنف بهذه المسألة هنا كبير فائدة فإن ما قدمه مغنٍ عنها ، ولا سيما وهو لم يتمها كما في «المدونة» .

قال ابن القاسم : من دفع إلى صانع سواراً يعمله له ، ثم دفع إليه بعد ذلك سواراً آخر ليعملهما أو دفعهما معاً فعمل أحدهما ودفعه إلى ربه ولم يأخذ إجارته حتى أفلس ربهما ؛ فلا يكون الصانع أحق بالباقي عنده حتى يأخذ إجارته في الذي دفع ، وهو في الذي دفع أسوة الغرماء ، وهو أولى بالباقي حتى يأخذ أجرته فيه .

ابن رشد[1] : وهذا صحيح إن كان استعماله في صفقتين ، وأما إن كان في صفقة ؛ فمن حق الصانع أن يمسك السوار الذي بيده بجميع إجارة السوارين كالرهن ، قال : وهذا مما لا إشكال فيه ولا اختلاف ، قال : وقوله : (أو دفعهما معاً) غير صحيح ، ووقع على غير تحصيل ، واحتج على ذلك بأشياء وقعت في مسألة أخرى متصلة بهذه المسألة تركنا ذكرها اختصاراً .

أما إن فلس ربها قبل العمل؛ فإن الصانع يخير بين أن يعمل ويحاصص ، وبين أن يفسخ الإجارة عن نفسه .

ومُكْرِي الدَّابَّةِ أَحَقُّ بِمَا حَمَلَتْ ، وإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا

يعني : إذا اكترى دابة ليحمل عليها شيئاً ثم فلس المكتري ، فرب الدابة أحق بما حملت دابته حتى يقبض كراءه في الموت والفلس ، زاد في «المدونة» : وسواء أسلم دوابه إلى المكتري أو كان معها ، كان رب المتاع معه أو لا ، وهو كالرهن ، ولأن على دوابه وصل إلى البلد ، ابن يونس : كأنها قابضة للمتاع كقابض الرهن .

قال في «البيان»[2] : ولا خلاف أن الجمَّال أحق إذا كان المتاع في يده ؛ لأنه كالرهن بيده ، وإن أسلم الجمَّال إبله إلى المكتري ففلس قبل الوصول أو عنده قبل أن يحوز متاعه ويرد الإبل ، فالمشهور وهو الذي في «المدونة» : أن الجمَّال أولى بالمتاع في الفلس والموت.

ويتخرج في ذلك قولان :

أحدهما : أنه لا يكون أحق به في الفلس والموت .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٥٤٩) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٥٤٨) .

والثاني : أنه أحق به في الفلس فقط .

قال ابن القاسم في «العتبية» (١): والسفن كالدواب ، وأخذ ذلك جماعة من تعليله في «المدونة» مسألة الدواب ، فإن العلة فيهما واحدة .

قـــال في «المدونة»(٢) : وأرباب الدور والحوانـيت أسوة الغرمـاء في الفلس والموت ، وليسوا أحق بما فيها ، فجعل الدواب بخلاف الدور ؛ لأن ظهور الدواب حائزة لما عليها ، ولأن في حـملهـا من بلد إلى بلد تنمـيـة المال بخلاف الـدور ، وجعل عـبـد الملك الدار والحانوت كالدواب فيكون ربها أحق بما فيها .

تنبيه :

أخذ أحـمد بن خـالد من قوله : (ولأن على دوابه وصل) أن المكري أحـق بالمتاع وإن قبضه ربه .

وقال ابن رشد (٣): هو بعيد في المعنى ، وإنما يكون أحق به إذا كان على ظهر دابته أو سفينته وهو بين في «العتبية»(٤) ، وكذلك نقل ابن يونس عن «الواضحة» : أنه إنما يكون أحق ما دام المتاع بيده ، فإن أسلمه لم يكن أحق به كالصانع إذا أسلم المتاع .

خليل : ولعل أحمد بن خالد فهم من قوله في «المدونة»(٥) : (كـالرهن ، ولأن على دوابه وصل) على أنهما علتان على البدل ، وفهم غيره أنهما علة واحدة ، والله أعلم .

وَالْمُكْتَرِي أَحَقُّ بِالدَّابَّةِ الْمُعَيَّنَةِ وبِغَيْرِ الْمُعَيَّنَةِ إِنْ قَبَضَهَا

يعني : أن من اكترى دابة ، فإن كانت معينة ثم فلس مكريه أو مات فالمكتري أحق بها، سواء قبضها أو لا .

قال في «المدونة» : كعبد اشتراه ولم يقبـضه حتى فلس بائعه ؛ فالمشتري أحق به ، وإن كانت غير معينة فإن لم يقبضها المكـتري فهو أسوة الغرماء في الفلس والموت ، وإن قبضها فهو أحق بها ؛ سواء كان المكتري يدير تحته الدواب أم لا .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٥٤٧) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ٦٤٤) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٥٤٧) .

(٤) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٥٤٧) .

(٥) « تهذيب المدونة » (٣/ ٤٣٦) .

وهذا مذهب «المدونة» ، ولعله هو المشهور واختيار ابن حبيب .

وقال أصبغ : إنما يكون أحق بها بالقبض إذا كان لا يدير الدواب تحته ، وإن كان يديرها فليس هو أحق ، وقيل : إن المكتري لا يكون أحق في الكراء المضمون مطلقاً .

وعارض التونسي قول مالك في هذه المسألة : (أن المكتري أحق وإن كان الجمال يدير الدواب تحته) بقوله : إن الراعي ونحوه ليس هو أحق بالغنم ، ورآه اختلاف قول ، وفرق ابن يونس بأن الراعي ونحوه لم يتعلق له بعين الدواب حق ، فوجب لذلك أن يكون حقه في ذمة المكتري بخلاف الدواب ، فإن بقبضهم الدواب تعلق حقهم بها ؛ لأن ركوبهم عليها كالمعينة ، فكان كتعلق حق الصانع بعين المتاع .

وإذا جعلناه أحق في الكراء المضمون ، فقال ابن القاسم في «المدونة» : لبقية الغرماء أن يضمنوا له حملانه ويكروا له من أملياء ويأخذوا الإبل ، وقال غير ابن القاسم في بعض روايات «المدونة» : لا يجوز أن يضمنوا حملانه .

وَفِي كَوْنِ الْمُشْتَرِي أَحَقُّ بِالسِّلْعَةِ تُفْسَخُ لِفَسَادِ الْبَيْعِ ، ثَالِثُهَا : فِي النَّقْدِ دُونَ الدَّيْنِ ....

أي : إذا اشترى سلعة شراء فاسداً وقد كان نقد ثمنها أو كان أخذها عن دين له في ذمة البائع ، ثم أفلس البائع والسلعة لم تفت وهي بيد المشتري فإن البيع يفسخ ، واختلف هل يكون المشتري أحق بها فيما نقد من الثمن وفيما له من الدين على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه أحق بها ، وهو قول سحنون .

الثاني : لا يكون أحق بها ، وهو قول ابن المواز .

الثالث : إن كان ابتاعها بدين فهو أسوة الغرماء بخلاف النقد ، وهو قول ابن الماجشون.

قال في «المقدمات»[1] : ولا اختلاف بينهم أنه إن وجد الثمن الذي دفعه بعينه أنه أحق به في الموت والفلس جميعاً .

وحكى اللخمي الاتفاق على أنه لا يكون أحق بها في الدين ، وعلى هذا ففي المسألة طريقان .

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٣٣٥) .

والرَّادُّ لِلسِّلْعَةِ بِعَيْبٍ لا يَكُونُ أَحَقَّ بِهَا فِي الثَّمَنِ

يـعنـي : أن من اشترى سلعة ثم اطلع فيها علـى عيب فأراد ردها فوجد البائع قد فلس فإن له ردها ولا يكون أحـق بها ، ولـم يجر في هذه من الخـلاف ما في التي قـبلها ؛ لأن المشتري هنا مختار للرد بخلاف الأول ؛ لأنه مجبر عليه .

قال في «المقـدمات»[1] : وهذا على أن الرد بالعـيب نقض ، وأما على أنه ابتـداء بيع فيكون أحق بها .

فرع : واختلف إذا أقرضه ثم أفلس المقترض ؛ ففي المذهب طريقان :

الأولى للمازري : المشهور أن المقرض لا يكون أحق ؛ لأن الحديث إنما ورد في البيع ، وسواء قبض السلف أو لم يقبضه .

قال : وقد يسبق إلى النفس اعتراض قوله : (أو لـم يقبضه) لأن من في يده سلعة فهو أحق بهـا في الفلس والموت ، وأجـاب بأن القـرض لما كان يتـأجل بمقـتـضى العادة كـان للمتـسلف أن يطالب المسلف بالتسـليم ، فلا يكون له حبس مـا أسلف ، وإذا لم يكن له حبسه لم يكن أحق به ، ولو قيل : له الرجوع في ذلك وإن لم ينتفع المستسلف ، كما قيل في عارية الأرض للبناء والغرس لم يبعد .

وحكي عن أبي محمد الأصيلي إلحاق القرض بالبيع .

والطريقة الثانية لابن رشد : أن مذهب مالك وأصحابه التسوية بين القرض والبيع ، وأن التفرقة بينهما لابن المواز خلافاً لهم .

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٣٣٥) .

فهرس الموضوعات

* * *